



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE
ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DE CANTABRIA)***

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2019-2020

TÍTULO

**LA REPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y
EXTRACONTRACTUAL Y SU CONCURRENCIA**

WORK TITLE

Contractual liability and tort law and its joinder

AUTOR

JUAN ARRONTE CABRIA

DIRECTOR

FRANCISCO CARRAL FERNÁNDEZ

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

CAPÍTULO I.-RESPONSABILIDAD CIVIL

1.DEFINICIÓN Y FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	3
2.-LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	5
3.-REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	7
3.1.-Acción u omisión.....	7
3.2.-Daño.....	10
3.3.-Relación de causalidad.....	15
4.-IMPUTACIÓN.....	17
4.1.-Imputación objetiva.....	17
4.2.-Imputación subjetiva.....	19

CAPÍTULO II.-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1.-DEFINICIÓN Y REGULACIÓN.....	20
2.-INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL.....	20
2.1.-Incumplimiento definitivo.....	22
2.2.-Incumplimiento defectuoso.....	22
2.3.-Incumplimiento tardío.....	22
3.-LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR CONTRACTUAL.....	23
3.1.-La culpa o negligencia.....	23
3.2.-El dolo.....	24
3.3.-La mora.....	25
4.-LAS OPCIONES FRENTE AL INCUMPLIMIENTO.....	26
4.1.-Acción de cumplimiento de la obligación.....	26
4.2.-Resolución de la obligación contractual.....	28
4.3.-Resarcimiento de daños y perjuicios.....	29
5.-DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR.....	30

6.-PRUEBA DE LA CULPA CONTRACTUAL.....	31
7.-EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.....	32

CAPÍTULO III.-RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1.-DEFINICIÓN.....	34
2.-DISTINCIÓN CON LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE DELITOS.....	35
3.-LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	36
3.1-Riesgo anormal.....	37
3.2.-Inoperancia del juicio de negligencia.....	37
3.3.-Comunidad de riesgo.....	37
3.4.- <i>Commodum Eius Esse Debet Cuius Periculum Est</i>	38
4.-REPARACIÓN DEL DAÑO.....	38
4.1.-La obligación de indemnizar el daño.....	38
4.2.-Formas de reparación del daño.....	39
5.-LA CULPA Y EL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.....	40

CAPÍTULO IV.-DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRACONTRACTUAL.

1.-CLÁUSULAS CONTRACTUALES LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD.....	42
2.-EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO.....	43
3.-PLURALIDAD DE RESPONSABLES.....	43
4.-PRESCRIPCIÓN.....	44

CAPÍTULO V.-CONCURRENCIA DE LAS DOS RESPONSABILIDADES

1.-SITUACIONES LIMÍTROFES.....	45
1.1.-Relación jurídica precedente análoga al contrato.....	45
1.2.-La responsabilidad procedente del cuasicontrato...-.....	46
1.3.-El daño in contrahendo.....	46
1.4.-El daño postcontractual.....	47
1.5.-La conocida como “zona mixta o fronteriza”	47
2.-SOLUCIONES PARA LA RESOLUCIÓN DE LA CONCURRENCIA.....	50

2.1.-Teoría de la absorción o incompatibilidad de responsabilidades.....	51
2.2.-Principio de unidad de culpa civil o concurso de normas.....	51
2.3.-Teoría de la opción o del concurso de acciones.....	52
3.-COLISIÓN ENTRE EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.....	53
4.-TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CONCURRENCIA DE ACCIONES.....	56
4.1.-El derecho de opción.....	57
4.2.-Prohibición de la mutatio libelli.....	57
4.3.-Acumulación de acciones.....	58
4.4.-Litispendencia y cosa juzgada.....	58
 CONCLUSIONES.....	 60
 BIBLIOGRAFÍA.....	 63
 ANEXO DE SENTENCIAS.....	 65

INTRODUCCIÓN

Diariamente en las sedes judiciales, el número de litigios en los que se discute y juzga sobre materias de responsabilidad civil es ingente. Por ello, el análisis global de esta materia puede tener una importancia práctica muy notable. Asimismo, desde un punto de vista académico, la responsabilidad civil es una disciplina que ha evolucionado constantemente y en la que la resolución de los problemas que surgían en su desarrollo no ha sido pacífica.

Debido a esto, es necesario para cualquier operador jurídico conocer los aspectos fundamentales de estas figuras, así como comprender perfectamente que fundamento jurídico es el más apropiado, atendiendo a la situación fáctica correspondiente. Por consiguiente, se analizará en el presente trabajo los principales problemas, tanto prácticos como teóricos, que genera la responsabilidad civil.

Se estudiará la evolución que ha seguido esta figura, resaltando el cambio paulatino de la responsabilidad subjetiva hacia una responsabilidad más objetiva. Para ello, examinaremos tanto los principales textos de la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Esta labor se confeccionará atendiendo siempre al objetivo principal de la responsabilidad civil. La función básica que persigue esta institución es el restablecimiento de la situación preexiste al menoscabo o perjuicio. A pesar de las diferencias que hay entre el daño causado por un incumplimiento obligacional, y el causado a un tercero sin una relación previa, la función resarcitoria es común en ambos.

El objetivo general de este trabajo es reconocer los elementos más importantes de la responsabilidad civil. La gran amplitud del tema hace difícil un comentario detallado de todos los que pueden aparecer a lo largo del estudio, por ello, se sintetizarán, dentro de lo posible, aspirando a confeccionar un análisis que englobe los puntos básicos.

Asimismo, ambiciona este trabajo esclarecer las diferencias procesales entre los dos sistemas de responsabilidad, con la idea de poder determinar la fundamentación jurídica adecuada en un determinado daño. En la práctica, el discernir cual de las dos acciones conviene alegar, o la posibilidad de acumularlas, puede ser crucial para obtener un pronunciamiento favorable a la pretensión propuesta.

El desarrollo del trabajo se expone en cinco capítulos:

-El primero de ellos se centra en la figura de la responsabilidad civil. Es el más extenso de todos los apartados, ya que introduce y encuadra el objeto central del ensayo.

-En el capítulo segundo y tercero se detallan, respectivamente, la responsabilidad contractual y la extracontractual.

-En el episodio cuarto se fijan las diferencias principales entre las dos acciones.

-Finalmente, la última división del trabajo es la parte más práctica de la tesis, donde se analizan la concurrencia de ambas responsabilidades en un mismo hecho y se estudia su posible acumulación.

Capítulo I.-Responsabilidad civil

1.-Definición y función de la responsabilidad civil

Dentro de la doctrina civilista no hay unanimidad en la cuestión terminológica de la responsabilidad civil, ya que, a pesar de existir dos especies de responsabilidad civil, véase la contractual y la extracontractual, muchos autores equiparan el término de responsabilidad civil al de responsabilidad civil extracontractual, limitándose unos pocos a objetivar y a delimitar el concepto¹. A pesar de ser la expresión más utilizada por los autores, en este trabajo el término responsabilidad civil englobará tanto la contractual como la extracontractual, debido a que entendemos que el concepto de responsabilidad civil no vincula exclusivamente al ámbito extracontractual y preferimos una dicción más concreta, con la que no se genere duda sobre el término utilizado.

La doctrina española no es uniforme a la hora de definir la responsabilidad civil, dependiendo del autor al que acudamos unos dan más importancia a un presupuesto dentro de la responsabilidad que otros.

SANTOS BRIZ² se centra, como el factor determinante de la responsabilidad, en la antijuridicidad y la culpa, y defiende que “En ambos supuestos (responsabilidad contractual y extracontractual) la indemnización de daños exige una conducta antijurídica causante de los daños, bien por infringir el principio lo acordado en el contrato o bien por infringir el principio general *alterum non laedere*”.

Para otros autores como ROCA TRÍAS³, la responsabilidad civil gira en torno a la producción del daño y fija que “Hay que afirmar que el fundamento de la atribución de la responsabilidad y de la consiguiente obligación de resarcir se halla siempre en la causación de un daño”.

YZQUIERDO TOLSADA⁴ establece que hay varios elementos para que se forme la responsabilidad civil y estima que es necesario que se dé una acción u omisión que sea el nexo causal a partir del cual se genera un daño, además habrá que comprobar el factor de atribución para justificar la imputación de los daños a un patrimonio en concreto.

Las funciones clásicas que se le han atribuido a la responsabilidad civil han sido tres, la función punitiva, la función preventiva y la función resarcitoria.

¹ YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Volumen I, Ed. Reus, Madrid, 1993, págs. 81 y ss.

² SANTOS BRIZ, JAIME, La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y derecho procesal, Séptima Edición, Ed. Montecorvo, S.A., 1993, pág. 97.

³ ROCA TRÍAS, ENCARNA, Derecho de daños, Textos y materiales, 5ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2007, pág. 45.

⁴ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, pág.129.

-La función resarcitoria o compensatoria: esta es la principal función que se le atribuye a la responsabilidad civil. Esta institución lo que intenta es que se vuelva al mismo estado que existía antes de la producción del daño, si no se diese esa posibilidad, entonces se le compensaría por el perjuicio sufrido, en atención a que nadie tiene que soportar un daño producido por otra persona, por lo que la reparación a la que tendrá derecho la víctima será conforme⁵ a la gravedad del menoscabo causado. La función resarcitoria lo que pretende es, dentro de lo posible, reparar el daño sufrido, por lo que no se puede enriquecer injustamente a la víctima, ni castigar al causante, es simplemente compensar el daño. Cree Díez-Picazo⁶ que “decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió, recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes”.

-La función punitiva, aunque en otros ordenamientos como el americano o el inglés la función principal de la responsabilidad civil es la punitiva, en nuestro ordenamiento esta función es cumplida exclusivamente en el ordenamiento penal. Si la función punitiva estuviese vigente chocaría frontalmente con el art. 25.1 de la Constitución Española el cual establece que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Además, para que se imponga una pena es necesario que se dé bajo un procedimiento en el que se sigan las máximas garantías constitucionales, basadas en estos principios: *nullum crimen, nula poena sine lege, non bis in ídem* y en la presunción de inocencia⁷. En el ordenamiento civil no se sigue el principio de presunción de inocencia ya que la indemnización por responsabilidad civil no se concibe como una pena sino como una forma de reparación del daño causado.

-La función preventiva, no es la función principal que persigue la responsabilidad civil, pero el hecho de que la misma dé lugar a la indemnización de daños y perjuicios, puede ser un elemento importante cuya consecuencia sea que el agente responsable del daño no vuelva a repetir su conducta, o que lo haga con una mayor diligencia en el futuro.

⁵ ROCA TRÍAS, op. cit. 2007, pág. 26 y 27

⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, Primera Edición, Ed.Civitas, 1999, pág. 42

⁷ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 1999, págs. 44 y ss.

2.-La responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que el requisito esencial de la responsabilidad⁸ civil es la culpa por parte del agente que realiza el hecho dañoso, esta es la llamada teoría de la responsabilidad subjetiva. Entiende esta teoría que el elemento principal reside en un criterio de imputación subjetiva, como es la culpa del sujeto. La jurisprudencia durante la primera mitad del s. XX también apoyaba este pensamiento, como muestra la STS de 15 de febrero de 1924 en la que impone al actor que pruebe y justifique la culpa del demandado y a su vez se exige la demostración completa de la existencia de la culpa o negligencia⁹.

En un primer momento, la culpa estaba ligada indiscutiblemente al concepto de responsabilidad civil. El legislador basaba el deber de indemnizar en que la conducta del agente productor del daño había sido culposa, entendida la culpa tanto como la voluntad de dañar, como por negligencia o descuido en el obrar. Este principio fue dejado atrás ya que se entendió que la responsabilidad jurídica no se puede entender desde un concepto moral y se equipara la responsabilidad con la obligación de soportar las consecuencias de un acto. Además, junto a este cambio, el concepto de culpa se ha ido difuminando como consecuencia de una importante ampliación de su contenido, tanto por la doctrina como por los tribunales, y asemejan la culpa con simples errores que desde un punto de vista ético son nimios para facilitar la reparación del daño¹⁰.

A esto hay que sumarle los avances de la economía industrial que debido al factor de las máquinas y otros inventos causan accidentes sin que intervenga la culpa del agente o la prueba de la culpa se volvía casi imposible. Debido a esto surge la teoría de la responsabilidad objetiva, en la que se defiende que no es necesario la concurrencia de la culpa para que un daño produzca para el agente responsabilidad civil, sino que, en función de criterios derivados del riesgo de utilización de máquinas o elementos sustancialmente peligrosos, se atribuye el daño.

El avance tecnológico y la teoría del riesgo (explicar en el apéndice) introducen problemas nuevos como la responsabilidad causados por máquinas sin la culpa del agente que van dejando atrás una rígida interpretación de la teoría subjetiva y se perfecciona la teoría de la responsabilidad objetiva, en la que se defiende que no es necesario la concurrencia de la culpa para que surja la responsabilidad civil. Se dice entonces que se ha socializado la responsabilidad debido a que el agente que ha provocado el daño debe ser capaz de administrarlo y haber previsto las consecuencias y que al obtener beneficios derivados de las actividades potencialmente peligrosas debe soportar la carga

⁸ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 1999, pág. 108

⁹ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 1999, pág. 119.

¹⁰ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Primera Edición, Ed. Civitas, 1995, págs. 29 y ss.)

previsible que esta actividad conlleva¹¹, así, por ejemplo, la STS 2 marzo de 2000 establece que “(La jurisprudencia del Tribunal Supremo) tiende hacia el establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad de una manera absoluta y radical”.

Existen ámbitos dentro de la responsabilidad civil, principalmente en la extracontractual, en los que se descarta la concurrencia de la culpabilidad del sujeto responsable para que se le impute el daño. Estos supuestos se dan en la llamada responsabilidad extracontractual objetiva. Recoge XABIER BASOZABAL ARRUE ¹² que “la doctrina dominante acepta hoy que en los artículos 1905 a 1910 «el criterio básico de responsabilidad establecido difiere del previsto en los artículos 1902 y 1903 CC, y oscila entre la responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad objetiva» 1 ; y más concretamente, se asume que de los daños causados por animales (art. 1905), humos excesivos y caída de árboles en lugares de tránsito (art. 1908, 2.º y 3.º), y por objetos caídos o arrojados desde edificios (art. 1910) se responde sin necesidad de culpa”.

Este cambio es entendible debido a que la función primordial de la responsabilidad civil es el de la función resarcitoria, por lo que, si en la actualidad basásemos la imputación de la responsabilidad en el concepto de culpa o negligencia de la conducta del agente que ha realizado la acción dañosa, la carga probatoria para el perjudicado sería la mayoría de las veces inasumible. Por otro lado, el criterio de imputación objetiva es ventajoso para las víctimas del daño, pero para el desarrollo de la actividad económica tiene desventajas, lo que hará que el precio por realizar esa actividad calificada como de riesgo se incremente.

A pesar de todo, la doctrina y la jurisprudencia española se siguen decantando por el sistema de la responsabilidad subjetiva, en el que todavía predomina la culpa. Un buen ejemplo lo ilustra la STS de 23 de abril de 1998, que dispone que “el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento jurídico y se encuentra acogida en el Art. 1902 ,Código Civil, requiriendo para su aplicación, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al responsable del resultado dañoso, y, en tal aspecto, es cierta la doctrina jurisprudencial considerada al respecto, en cuanto que la misma ha ido evolucionando en el sentido de objetivizar la indicada responsabilidad, pero semejante cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en

¹¹ ROCA TRÍAS, op. cit., 2007, pág. 23.

¹² BASOZABAL ARRUE, XABIER, *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Primera Edición, 2015, pág. 13. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-39

fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa. En definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor".

Para DÍEZ-PICAZO¹³, según la jurisprudencia del TS "no hemos llegado a un sistema objetivista, pero el subjetivista se encuentra en evolución, lo cual significa, si las cosas se miran despacio, que los Tribunales juegan con dos barajas intercambiables sin que uno termine de saber cuándo y por qué se elige un tipo de juego o del otro. Cuando hay que favorecer la indemnización, se tenderá la cuerda objetivista y cuando hay que denegarla, se recogerá".

En la actualidad en materia de responsabilidad civil ambas teorías tienden a confluir y a incorporar conceptos conjuntamente, así, la norma básica de los Principles o European Tort Law establece que el daño se puede imputar sobre la base de una conducta culposa que haya causado un daño, o bien sobre la actividad peligrosa desarrollada.¹⁴

3.-Requisitos de la responsabilidad civil

3.1.-Acción u omisión

Se entiende por acción todo movimiento realizado por el hombre que este haya podido controlar; no es necesario que haya querido realizarlo o no, se tiende a la objetivación de la acción, ya que entra dentro del término de acción todo movimiento que haya podido ser consciente¹⁵, por lo que no entrarían dentro de la acción responsable civilmente los movimientos realizados durante el sueño o realizados bajo una coacción absoluta. La persona que ha cometido la acción será responsable jurídicamente de sus consecuencias, aun cuando no las haya querido ni previsto, pero que, según la previsión humana, tuvo que contar con ellas, por lo tanto, han de ser consideradas como controlables por él. Según Santos Briz, "imputables son, como veremos, todas las consecuencias más lejanas que sean todavía *adecuadas* a la acción, es decir, aquellas que según

¹³ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit. 1999, pág. 122.

¹⁴ ROCA TRÍAS, op. cit., 2007, pág.23.

¹⁵ LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º. Ed. Revista de derecho privado, 1958, págs. 564 y ss.

las experiencias de la vida había que considerar como de posible realización y no completamente inverosímiles”.¹⁶

Dependiendo de si nos encontramos ante un caso de responsabilidad contractual o extracontractual, el concepto de acción u omisión como el hecho que genera un daño varía. En primer lugar, dentro de la responsabilidad contractual habría que entender el hecho como el incumplimiento de la obligación pactada por parte del deudor, pudiendo deberse este incumplimiento a la no realización de lo pactado, al cumplimiento parcial o si cumplió de manera tardía. Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual como consecuencia de la acción u omisión realizada se causará un daño a un tercero que no tiene por qué soportarlo, por lo que aquí se vulnera el principio de *alterum non laedere*.

Es necesario para el estudio de la acción que esta sea examinada de forma individual, sin entrar dentro de la culpabilidad o no del agente ejecutor de la acción.¹⁷

No hay que olvidar mencionar que el Código Civil en su artículo 1089 también considera la omisión como una de las fuentes de las obligaciones, por lo que en la práctica tienen los mismos efectos indemnizatorios una acción que una omisión que generen responsabilidad civil. Entiende la STS 29 de febrero 1996 que existe una conducta omisiva cuando el causante no ha tomado las precauciones necesarias para evitar un daño previsible. Comprende la doctrina que una omisión puede generar responsabilidad cuando el agente, con intención de crear un daño o perjuicio, se abstiene de actuar, y, aun cuando no tenga ese fin de dañar, si omite un deber impuesto por ley. En el resto de los supuestos dudosos o de difícil aplicación se interpretará en virtud de la idea de la conducta normalmente atribuible.

-La antijuridicidad de la acción u omisión¹⁸

GARCIA-RIPOLL¹⁹ declara que “dentro del ámbito de la responsabilidad civil, lo que se discute fervientemente es si el requisito de la antijuridicidad se refiere a la conducta del agente o al resultado, es decir, al daño”. En este apartado vamos a introducir las opiniones de la doctrina respecto a la antijuridicidad de la acción, más adelante veremos la antijuridicidad del daño.

¹⁶ SANTOS BRIZ, op. cit., 1993, pág. 27.

¹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, pág. 130.

¹⁸ Tema ampliamente abordado en la obra de Martín García Ripoll *La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil*.

¹⁹ GARCÍA-RIPOLL, MARTÍN, *La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil*, Estudios Monográficos, pág. 1517. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-40150301604 ANUARIO DE DERECHO CIVIL La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil

La antijuridicidad es definida por la RAE como: “Condición de lo que es contrario al ordenamiento jurídico”. En nuestro Código Civil no se recoge el término de daño antijurídico. El terreno de la antijuridicidad de la acción en la responsabilidad civil viene delimitado por el principio “alterum non laedere”, por lo que la antijuridicidad en este espectro jurídico podría entenderse como la producción de un daño a un bien o interés que nuestro ordenamiento considere importante jurídicamente.

La conducta antijurídica de la acción dentro de la responsabilidad contractual se debería a la vulneración de lo acordado entre las partes, a lo que hay que incluir que el art. 1091 CC establece que los contratos se convierten en ley para las partes contratantes. Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual es el hecho de no respetar el principio “alterum non laedere” el que convierte a la conducta en antijurídica.

Dentro del ámbito de la responsabilidad civil, existen varias posturas doctrinales acerca de si se puede entender que la antijuridicidad es un requisito de la responsabilidad civil o no:

-Doctrina que apoya la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil. Postula SANTOS BRIZ²⁰, que “Es este (la antijuridicidad) otro de los comunes a toda responsabilidad por daños causados a otro (...) El juicio de antijuridicidad sirve para calificar las diversas condiciones o presupuestos que concurren a un resultado para establecer que solamente serán antijurídicas aquellas condiciones que infrinjan la finalidad protectora de la norma que sirve de base en el caso concreto a la pretensión de la indemnización. Es, pues, en cierto modo la relación o juicio de antijuridicidad el último factor de la imputación”. Finalmente, el propio SANTOS BRIZ estima que “es loable que nuestra doctrina legal lo exija como requisito de la responsabilidad, adoptando así una posición más perfecta que la antigua jurisprudencia al enumerar solamente entre tales requisitos el daño, la culpa y la relación causal entre ambos”.

-Doctrina negativa a la inclusión de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil. Para YZQUIERDO TOLSADA²¹ “Es la conducta y no el daño lo que se debe examinar: si se compara cada caso concreto con la referencia de un modelo ideal, resultará que la ilicitud se encuentra en la violación de los deberes de corrección social, de las obligaciones anejas a un comportamiento correcto, y que no están descritas en la ley-evitamos con ello el problema de los catálogos o tipificaciones- porque constituyen la elemental <norme de civilité>, el presupuesto de convivencia sobreentendido. Todo se reduce así el análisis de la conducta que tenía que desplegarse, para, en contraste de esta, comprobar si se ha transgredido el orden jurídico. (...) No es que de esta manera desaparezca el elemento antijuridicidad, sino que se encaja en la propia apreciación del comportamiento observado”. Asimismo,

²⁰ SANTOS BRIZ, op. cit., 1993, págs. 28 y ss.

²¹ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, págs. 133 y ss.

PUIG BRUTAU²² manifiesta que la manera más lógica de discurrir es que una conducta es antijurídica porque ha causado un daño y no el razonamiento inverso que sería que el daño es indemnizable porque ha sido provocado por una conducta antijurídica.

Para DIEZ-PICAZO²³, el problema de la antijuridicidad no tiene que atribuirse a la acción sino al daño. Entiende este autor que el hecho de conducir un vehículo es una conducta lícita (si se cuenta con el permiso de conducir), pero que a través de esta acción se pueden ocasionar daños de los que será responsable el conductor, por lo que, para Díez-Picazo, el problema no es la antijuridicidad de la conducta o de la acción, sino la antijuridicidad del daño será lo importante.

3.2.-El daño

Es otro elemento necesario para que se constituya la responsabilidad civil: nunca podrá existir responsabilidad civil sin un perjuicio o daño que resarcir o reparar. Esta es una diferencia notable con la responsabilidad penal, ya que en el ordenamiento penal existen los delitos en grado de tentativa, mientras que en el ámbito civil es necesario que la acción cause un daño o perjuicio²⁴. Es, por lo tanto, potestativo que uno de los contratantes, en la responsabilidad contractual, o un tercero sin relación previa, en la extracontractual, sufran una aminoración patrimonial o extrapatrimonial. Muchos autores nombran directamente la responsabilidad civil como el derecho de daños, si bien la mayoría de ellos lo limitan a la responsabilidad extracontractual, esto se debe a la influencia del “Tort Law” del derecho anglosajón.

Este concepto tampoco está definido en nuestro Código Civil, que se limita a establecer en el art. 1902 la obligación de reparar el daño causado. Es por ello por lo que la doctrina ha intentado definir el concepto de daño. Por un lado, SANTOS BRIZ²⁵ hace hincapié en incluir el concepto de antijuridicidad y define como daño “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra”. Entiende, además, que el daño tiene que ser cierto, debe haber una certeza en el daño, entendiendo esta concepción desde una doble vertiente, una material y otra orientada a cuantificar el menoscabo. En segundo lugar, manifiesta el autor que el incumplimiento obligacional no provoca daños *per se*.

ROCA TRIAS²⁶ entiende por daño “un perjuicio que puede derivar de diferentes causas: i) el incumplimiento del contrato, y ii) la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar, o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan un riesgo”.

²² PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de derecho civil*, Tomo II, Volumen I, Ed. Bosch, 1985, págs. 500 y ss.

²³ DÍEZ-PICAZO, op. cit., 1999, págs. 290 y 291).

²⁴ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, pág. 182.

²⁵ SANTOS BRIZ, op. cit., 1993, pág. 147.

²⁶ ROCA TRIAS, op. cit., 2007, pág.19.

Modernamente, se incluyen también aquellos daños ocasionados o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan un riesgo, como, por ejemplo, los producidos por la conducción de automóviles”.

Por su parte, para DIEZ-PICAZO²⁷ es necesario que el daño esté directamente relacionado con la acción u omisión de la persona a la que se considera responsable para poder ser considerado como indemnizable.

El daño, aparte de tener que ser cierto, puede ser futuro; esto se da en las situaciones en las que el juzgador aprecia que en el futuro surgirán otros perjuicios, por ejemplo, en los daños cuya indemnización podrá solicitar una persona que haya sufrido una secuela permanente, ya que le exigirá tratamiento médico tanto en el momento actual, como en el tiempo venidero. Para considerar los daños próximos como ciertos, hay que realizar un juicio de probabilidad que establezca la certeza de un menoscabo que, a pesar de no haber ocurrido todavía, la regla de la experiencia común permite prever que ocurrirá. Esto tendrá una aplicación casuística y es que tanto las circunstancias del caso como los conocimientos técnicos permitirán al juez valorar sobre la base de un daño que podrá tener carácter vitalicio.

Diferente aplicación tiene los daños sobrevenidos, que son nuevos y que guardan relación de causalidad con la acción que provocó el percance, pero se manifiestan con posterioridad al dictamen del juez y sin que pudieran haber sido previstos con anterioridad. En estas situaciones, la jurisprudencia entiende, a pesar del efecto de cosa juzgada de la sentencia judicial, que, si se manifiestan datos nuevos en la persona o en su patrimonio, sin que hayan sido previstos por la sentencia, puede realizarse otra acción judicial para que se revisen esos daños nuevos.²⁸

Otra diferenciación que nos resulta imprescindible es la de los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales.

Los daños patrimoniales son aquellos que producen una merma económica sobre el patrimonio del perjudicado; este tipo de daños produce una lesión que puede ser valorable en términos monetarios. Para calcular el daño patrimonial se tiene en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante, en virtud del art. 1106 CC.

El daño emergente es el perjuicio que con el incumplimiento de la obligación se ha causado al acreedor, es decir, el valor que para el acreedor tiene la pérdida del negocio jurídico, por lo que el daño emergente es una pérdida real. En el caso en que sea posible la reparación del daño, el daño emergente será equivalente al valor de reparación.²⁹(Diez-picazo, Derecho de daños, pág.323).

Por lucro cesante se entiende la ganancia dejada de obtener; al no ser un valor concreto como es el caso del daño emergente, se tiene que hacer un juicio de

²⁷ DÍEZ-PICAZO, op. cit. 1999, pág. 314.

²⁸ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., págs. 184 y 185.

²⁹ DÍEZ-PICAZO, op. cit., pág. 323.

probabilidad para poder cuantificar su valor, es decir, hay que presumir como hubieren sucedido los hechos si el deudor no hubiese incumplido con su obligación, basándose en el curso natural de las cosas y en las circunstancias de cada caso. Es necesario que la pérdida de la ganancia sea una consecuencia inmediata de la acción del deudor y que esa ganancia dejada de obtener se considere previsible.

Es bastante ilustrativo el ejemplo de un accidente de tráfico con lesiones corporales:

-El daño emergente tendrá una doble vertiente, el actual que consistirá en la reparación del automóvil y los gastos hospitalarios, y una vertiente del daño emergente futuro, que serán los gastos ocasionados con el tratamiento de las secuelas permanentes.

Por otro lado, el lucro cesante también se dividirá en dos, el actual que estará comprendido por los perjuicios derivados de la baja laboral, y el futuro, que serán las ganancias que la víctima no obtendrá debido a la incapacidad ocasionada.

Consideramos que se trata de un buen ejemplo porque no identifica, como a veces la jurisprudencia hace creer, que los daños emergentes siempre son actuales y el lucro cesante siempre es un daño futuro³⁰.

Daños extrapatrimoniales o daños morales: en esta categoría se incluyen los daños o lesiones ocasionados a bienes jurídicos que no forman parte del patrimonio de la víctima, por lo que no pueden ser reparados como tales, de ahí que se les dé un valor aproximado para que se indemnice a la víctima.

Hay autores, como DIEZ-PICAZO³¹, que tienen una concepción estricta del daño moral y lo equiparan a la figura romana del *pretium doloris* que se ha definido como dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado, y no entiende, como otros representantes de la doctrina, que pueda darse daño moral a través de un daño patrimonial, concibe este autor que:

“el denominado daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en las que la indemnización carece de justificación. Aun concebido en los estrictos términos que se acaban de esbozar, no todo sufrimiento psicofísico engendra un daño moral indemnizable, sino, como señaló R. SCOGNAMIGLIO, aquel que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad.

No hay, por consiguiente, daño moral en sentido estricto cuando la lesión incida sobre bienes económicos por más que como consecuencia de estos el titular de tales derechos haya experimentado especiales disgustos(...) Por la misma razón, debemos entender que no hay, en línea de principio daño indemnizable

³⁰ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., pág. 189.

³¹ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., págs. 324 y ss.

por las perturbaciones psicofísicas que una persona pueda experimentar como consecuencia de incumplimientos contractuales salvo en aquellos casos en que la prestación contractual comprometida por el incumplidor afectara a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor.

Esta concepción estricta del daño moral, que defendemos, exige, además, que este tipo de daño no sea simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Por el contrario, entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba”.

En resumen, para este autor el daño moral no puede provenir de una lesión que repercuta a bienes económicos, sino tiene que perjudicar directamente un derecho de la personalidad, tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual, además, defiende que no puede ser presumido por los tribunales, sino que necesita ser probado por el que lo alega.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia ha ido avanzando respecto a los daños morales y ha ido aceptando tanto el daño moral propio como el impropio, entendiendo este último como el que surge como consecuencia de la lesión de un bien patrimonial. Además, también ha habido una línea claramente tendente hacia la presunción que disponen los tribunales para cuantificar la indemnización producida por el daño moral. Esta línea se puede observar en la STS del 23 de octubre de 2015 que establece que:

“En cuanto a la distinta valoración del daño moral y del patrimonial se declara que el mayor margen de discrecionalidad en la determinación del importe de la indemnización correspondiente a la producción de daños morales, y el menor en el caso de la correspondiente a los daños patrimoniales, está en relación con su respectiva naturaleza, aunque, en puridad, no depende directamente de ella, sino más bien de la certeza que se tiene en cuanto a su producción. El daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia que inveteradamente viene poniendo de manifiesto. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas. El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto, por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, si admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, como si de éste se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto”.

-Antijuridicidad del daño

DÍEZ-PICAZO³² establece que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista una violación de deberes jurídicos, aunque en la jurisprudencia española esta idea parece haber tenido alguna acogida y hay algunas sentencias (12 de enero de 1984, 15 de abril de 1985, 16 de mayo de 1986) en que la llamada *nota de antijuridicidad* se define como violación de una norma especial o de la más genérica *alterum non laedere*. Ni la violación de un deber jurídico, ni tampoco una violación de una norma que ha impuesto ese deber jurídico, conducen necesariamente a la antijuridicidad y hacen, además, imposible separar esta idea de la culpabilidad entendida en sentido normativo. (...) En términos estrictamente jurídicos, hay que proceder a esta concreción del *non-laedere* que es un concepto de daño explícito, a menos que se incurra tajantemente en la anfibología que poco más o menos sería decir que un daño es antijurídico porque se viola una regla de no causar un daño antijurídico”.

A la hora de entender la antijuridicidad del daño, recurre al binomio utilizado por la doctrina penal de la antijuridicidad, entendiéndola desde un punto de vista formal, como la contraposición con el ordenamiento jurídico y, por otro lado, desde un punto de vista material, referida a juicios de valor. Desde esta acepción la antijuridicidad puede ser un juicio de valor acerca del resultado o de la conducta cuando pueda ser entendida como peligrosa *ex ante*. Según la opinión del referido autor la antijuridicidad del daño en la responsabilidad civil es un juicio de valor de resultado, ya que interpreta que para inferir antijurídica la conducta, se tendría que calificar la culpabilidad dentro de la antijuridicidad.

Contrario a la concepción de la antijuridicidad como un desvalor de resultado es el pensamiento de GARCÍA-RIPOLL³³ que defiende que, si el daño fuese antijurídico, la valoración de la conducta del agente sería independiente, por lo que sí que establecería que bienes o valores son protegidos por la responsabilidad civil, pero no entraría a distinguir si el agente productor del daño actuó con alguna causa que justificase su conducta. Ejemplifica la importancia de la antijuridicidad de la conducta en el hecho de que, si surgen daños para dos personas en un mismo accidente, pero la responsabilidad es claramente de uno de ellos, si se considerase como antijurídico el daño, no habría diferencia entre uno y otro.

Por otro lado, BUSTO LAGO³⁴, en su obra “La antijuridicidad del daño resarcible”, en donde, tras una extensa introducción acerca de la antijuridicidad en la responsabilidad civil y las principales teorías de la doctrina que vinculan o

³² DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 1999, págs. 292 y ss.

³³ GARCÍA-RIPOLL, op. cit., págs. 1533 y ss.

³⁴ BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Tecnos, 1998, págs. 66 y 67.

bien la conducta o bien el daño con la antijuridicidad, expone que en su opinión, de un comportamiento específico, dependiendo de sus circunstancias, puede derivar o no un daño, por lo que induce que la conducta por sí misma no es injusta, sino que es la producción de un daño el dato decisivo para cualificar el hecho como injusto, por lo que sitúa el daño como centro gravitatorio de la antijuridicidad. Declara que el daño injusto es el único daño resarcible, definiéndolo como el daño causado en el ejercicio abusivo de un derecho (art. 7.2 CC) o como consecuencia de un hecho ilícito civil. Además, expone que el daño solo será antijurídico si la conducta que lo ha provocado ha trasgredido una norma jurídica tuitiva del ordenamiento o ha lesionado un interés legítimo. Por lo que concluye que la antijuridicidad implica tanto un desvalor de resultado (principal) como un desvalor de acción (secundario).

Argumentamos, siguiendo el pensamiento de Reglero Campos³⁵ que, el ámbito esencial de la antijuridicidad está en el daño y en un espacio más reducido en la conducta del agente. La antijuridicidad está directamente relacionada con el daño, si este lesiona un interés que para nuestro ordenamiento sea relevante, se considerara este perjuicio como antijurídico. Por otro lado, la antijuridicidad de la conducta limita su aplicación a las causas de justificación. Si un daño es contrario al ordenamiento, pero el actor ha realizado este amparado bajo una causa que le excuse, como la legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento del perjudicado...se excluye la antijuridicidad por lo que el causante del daño no tendrá que resarcirlo.

3.3.-Relación de causalidad

La relación de causalidad es otro de los presupuestos que tiene que existir para que se establezca la responsabilidad civil. Se trata del nexo causal que hay entre la acción del agente y el daño producido: debe haber entre estos dos elementos una relación de causa a efecto.

Coincide la doctrina al señalar que es el elemento que más problemas causa de determinar, debido a que en ocasiones la producción de un resultado no proviene solo de un hecho, por lo que a priori, los problemas fundamentales de la relación de causalidad son, por un lado, el relacionar el daño provocado a una persona concreta y, por otro, determinar cuál será el alcance que el perjudicado podrá reclamar.

La complejidad de este requisito, debido a la posible concatenación de las acciones y la necesidad de adjudicar y concretar quien fue el autor al que imputar el resarcimiento del daño, ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. A pesar de que esta última haya repetido la dificultad de admitir una teoría adecuada a todas las posibles circunstancias, la doctrina ha propuesto una serie de teorías:

³⁵ REGLERO CAMPOS, FERNANDO, *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª Edición, Ed. Thompson Reuters, 2014, Capítulo I, Conceptos generales y elementos de delimitación.

1-La teoría de la equivalencia de las condiciones entiende que, si todas las acciones cometidas tienen eficacia para el nacimiento del daño, cabe entender que todas las acciones son equivalentes entre sí, por lo que cada una de las condiciones puede ser considerada como causa del desenlace final, haciendo responsable a una misma persona de todas las consecuencias. Esta teoría fue poco a poco cediendo importancia. (Curiosa STS 10 de febrero de 1959 que la aplica³⁶ A raíz de esta teoría surge la conocida como *condictio sine qua non*, que considera que será responsable del daño causado la conducta que, si se suprimiese, el daño no se hubiera producido

2-La teoría de la causalidad próxima surge en el derecho anglosajón y entiende que el detenerse en las causas de las causas y su concatenación sería una tarea interminable y hay que considerar únicamente la causa inmediata, sin necesidad de remontarse a un grado más remoto, siendo importante solo a efectos de la responsabilidad, la causa anterior a la producción del daño. Esta teoría está criticada principalmente por la dificultad de establecer la condición última en un suceso y porque no siempre el último antecedente de la cadena causal es el determinante del daño, esta teoría no tuvo gran influencia en nuestro ordenamiento.

3-La teoría de la causalidad adecuada considera que no todos los acontecimientos que preceden al daño tienen la misma relevancia, que se tiene que escoger la acción que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido la causa directa e inmediata del daño. El concepto relevante es la regularidad, la experiencia diaria que determina la idoneidad del antecedente, por lo que habrá que atender al grado de previsión que cualquier hombre razonable pudo haber tenido³⁷. El problema de esta teoría, a pesar de ser la más seguida y en principio la más acertada, es que no hay certeza de que la regla de la experiencia acierte siempre al antecedente la calificación de causa adecuada, por lo que esta teoría puede fallar cuando más de una circunstancia concurre de forma simultánea a la producción del evento³⁸.

Finalmente, la jurisprudencia no ha seguido plenamente ninguna de estas teorías para establecer la relación de causalidad, sino que sigue el criterio de sentido común atendiendo a las circunstancias de cada caso (esto se conoce como causalidad eficiente o efectiva).

La doctrina entiende que dentro de la relación de causalidad hay dos facetas que son la causalidad material y la causalidad jurídica. La causalidad material

³⁶ Realiza una síntesis de dicha sentencia YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, pág. 234. Dicha sentencia se ocupa de la reparación del daño sufrido por un operario como consecuencia del transporte de una vaca muerta. A pesar de que la pericial estableció que ese daño no se debió al traslado de la vaca, ya que la misma estaba sana y el operario no pudo contagiarse en un traslado. El juez imputa, en virtud del art. 1905 CC, al propietario del animal y razona su decisión en una rocambolesca aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

³⁷ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, pág. 231 y ss.

³⁸ ROCA TRÍAS, op. cit., 2007, pág 206

explica las condiciones fácticas que pueden determinar la producción de un resultado, por lo que se trata de una cuestión de hecho. En este punto, cree la doctrina que la teoría de la *condictio sine qua non* es la más apta para determinar la relación o no entre la conducta y el daño, es decir, que si aplicamos esta teoría podremos comprender si con la acción del agente se produciría el resultado dañoso o no.

Por otro lado, existe la causalidad jurídica que se basa en los criterios jurídicos que permiten determinar el responsable de un determinado daño. De manera que, a pesar de que exista una conducta productora de daño, es decir se verifica una causalidad material, esto no identifica al autor como responsable jurídicamente. Para ello habrá que verificar determinadas circunstancias que posibiliten la imputación objetiva al agente.

Existen diferentes criterios de imputación objetiva, siendo el más importante para Roca Trias el de la adecuación, que postula que “no cabe imputar objetivamente un concreto acontecimiento dañoso a la conducta causante del mismo cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado”.

La jurisprudencia ha ido paulatinamente aceptado esta división, por ejemplo la STS de 9 de octubre de 2008 establece que “la imputación objetiva integra una *quaestio iuris*, comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico, la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias”.

4.-Imputación

4.1.-Imputación objetiva

Como hemos desarrollado previamente a pesar de que haya una relación de causalidad material entre la acción u omisión y el daño, será a través de la imputación objetiva donde se podrá determinar si los hechos son determinados como relevantes jurídicamente hablando y si permiten la atribución objetiva de la acción al agente que lo realizó. DÍEZ-PICAZO³⁹, articulando la teoría de GÜNTER JAKOBS, expone que las garantías normativas que el derecho establece se circunscriben a las personas, que en un contexto de interacción particular ocupan determinadas posiciones que pueden ser consideradas como roles y es la imputación objetiva la figura que se encarga de determinar si en la causación de un daño la persona ejecutora del mismo actúo conforme a su rol,

³⁹ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., págs. 342 y ss.

de modo que si se comportó conforme al mismo no deberá asumir las consecuencias del daño por no serle imputable.

Esta teoría, si se aplica a las omisiones, establece que solo responderá de las consecuencias del daño omisivo quien se encuentre en una posición de garante, como el padre y la madre respecto de sus hijos. En consecuencia, dentro del campo de las omisiones quien se mantenga en los límites de su rol, no responde del daño.

Por otro lado, respecto de los daños producidos por acciones, es necesario describir los límites de los roles. El propio JAKOBS propone 4 figuras, a las que la doctrina ha ido añadiendo otros criterios⁴⁰:

- Riesgo permitido o riesgos generales de la vida; muchas conductas de la vida diaria pueden ser consideradas como arriesgadas y aun así están permitidas, por lo que el agente no tendrá que responder cuando el riesgo creado se concrete en un accidente que provoque daños a terceros. Entiende este criterio que un comportamiento que no supera el riesgo permitido no resulta prohibido porque el agente conozca la probabilidad de riesgo. Este criterio es recurrente en la responsabilidad patrimonial de la administración. Se puede negar que exista responsabilidad de la administración si se alega que la víctima o perjudicado lo fue de la concreción de un riesgo general de la vida, es decir, de un daño que debía tolerar.

- Principio de confianza; en los comportamientos entre las personas no es parte del rol de cada uno controlar permanente a los demás, por lo que se justifica el pensamiento de que la otra persona vaya a actuar conforme a su propia responsabilidad. (Por ejemplo, el cirujano que confía en que sus auxiliares hayan esterilizado el material que vaya a utilizar).

- Prohibición de regreso; no se puede retroceder en el curso causal e imputar a una persona las consecuencias originadas por el comportamiento ilícito de un tercero.

- Competencia de la víctima; si el control de la situación de correspondía a la víctima, es a la propia víctima a la que debe imputarse el daño y no al autor de la acción, por entender que este se ha comportado según su rol.

- Causalidad adecuada o adecuación; ya mencionado previamente, que se basa en la conducta del demandando es adecuada al daño padecido por la víctima si, *ex ante*, la causación del daño era previsible por parte del demandado.

- Ámbito de protección de la norma; dicho criterio establece que la vulneración de una norma cuya finalidad no es la protección del bien jurídico que ha sufrido el daño no puede ser alegada para imputar el resultado dañoso al agente que lo cometió.

⁴⁰ SALVADOR CODERCH, FERNÁNDEZ CRENDE, *Causalidad y responsabilidad*, Tercera Edición, 2006, págs. 10 y ss. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf

-Provocación; este criterio establece que, si un tercero crea una situación de peligro sobre ciertos bienes y el perjudicado o una persona ajena al intentar salvaguardarlos los daña, se puede pedir responsabilidad al creador del riesgo.

-Consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo; no es imputable al agente el resultado cuando la víctima prestó su consentimiento al acto o cuando asumió el riesgo del daño. Este criterio tiene mucha concurrencia en los deportes extremos, ya que se realiza una actividad sabiendo el riesgo inherente a ella.

4.2.-Imputación subjetiva

En este tipo de imputación se estudia la conducta del agente, es decir, la relación entre el hecho generador y el sujeto. Para ROCA TRÍAS⁴¹ “La culpa o negligencia es el criterio de imputación utilizado de forma genérica y natural en todos los sistemas jurídicos de responsabilidad civil. Ya se ha reproducido el artículo 1902 CC, pero ocurre lo mismo en el artículo 1382 CC francés y en el artículo 2043 del CC italiano. Ello significa que la ley obliga a una persona a asumir el daño causado a otra porque la actuación del primero no se ajustaba a los estándares de conducta aceptados en el ámbito en el que se ha producido el daño y, en consecuencia, no debe ser soportada por la víctima”.

Es necesario que se realice un reproche a la conducta del autor, comparándola con la conducta *adecuada* ante una situación de riesgo o de peligro por la probable producción de un daño, y es de la comparación entre las dos conductas como se verá si se reprocha la actuación del agente, es decir, si se le culpa del daño ocasionado⁴².

La conducta adecuada, en virtud del art. 1104 CC, es la que le correspondería a un buen padre de familia. A pesar de lo abstracto de este concepto, entendemos que se objetiva de algún modo el criterio de culpa.

Como hemos analizado, a pesar de la introducción de la responsabilidad objetiva, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria entiende que seguimos en un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, aunque con la evolución de la misma, el TS ha ido exigiendo unos criterios correctores que obligan al productor del daño elevar el nivel de diligencia o de prever las posibles consecuencias dañosas de su actuación⁴³.

Más adelante, analizaremos en profundidad la culpa dentro de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, pero a efectos de la imputación subjetiva, entendemos que se puede definir la culpa como la conducta inadecuada del agente que provoca un daño que no se hubiese producido con la debida diligencia y con la previsión necesaria.

⁴¹ ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, *El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, 2009, pág. 5. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf

⁴² DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 1999, pág. 351.

⁴³ TRÍAS, ROCA, op. cit., 2007, pág. 30.

Capítulo II.-Responsabilidad contractual

1.-Definición y regulación

Antes de intentar dar alguna pincelada sobre el concepto de responsabilidad contractual, conviene recordar que el ya mencionado artículo 1089 CC establece al contrato como una de las fuentes de las obligaciones; además nos parece interesante señalar que el artículo 1091 da a las obligaciones contractuales fuerza de ley entre las partes contratantes, lo que nos muestra una idea de la importancia del contrato en nuestro ordenamiento y la intención del legislador de proteger y asegurar el cumplimiento del mismo.

La principal consecuencia de la realización de un contrato es el nacimiento de una relación obligatoria. Si una de las partes contratantes no cumple con su obligación se produce una lesión del derecho de crédito para el acreedor. Este incumplimiento obligacional se puede dar por el retraso del deudor, por un cumplimiento parcial o defectuoso o por un incumplimiento pleno. Dependiendo del interés del acreedor se podrá exigir diferentes remedios al incumplimiento, como es la ejecución forzosa, la resolución del contrato o la indemnización de daños y perjuicios, pero esto lo desarrollaremos más adelante.⁴⁴

Como consecuencia del incumplimiento obligacional se puede generar la responsabilidad contractual, pero esto no siempre es equivalente; el hecho de que se incumpla un contrato no tiene por qué generar responsabilidad en todas sus ocasiones. Para ello es necesario ver a quien se le atribuye la producción de la lesión (imputabilidad) y quien debe soportar las consecuencias jurídicas de esos hechos (responsabilidad). La regla general es que tanto la imputabilidad como la responsabilidad recaigan en la persona del deudor⁴⁵.

Tras lo visto hasta ahora, tanto en los conceptos comunes de la responsabilidad civil como en lo referente al contrato, se puede establecer que la responsabilidad contractual tiene como función la reparación de un desequilibrio que surge como consecuencia del daño ocasionado en el patrimonio del acreedor por el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Establece YZQUIERDO TOLSADA⁴⁶ que la regla genérica del *alterum non laedere* se individualiza aquí en la figura del acreedor.

2-Incumplimiento de la obligación contractual

No da nuestro Código Civil una definición expresa de cumplimiento, pero el artículo 1156 establece que una de las causas por la que se extingue una obligación es “por el pago o cumplimiento”, por lo que a través de dicho artículo

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo I, 2012, pág. 190.

⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 2012, pág. 201

⁴⁶ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, pág.80.

se establece que pago es sinónimo de cumplimiento. DIEZ-PICAZO⁴⁷ declara que “por pago entendemos, es un sentido general, el acto de realización de la prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago, es en primer lugar, un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que pesa sobre el deudor. El pago es, en segundo lugar, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación (*solutio*). El pago es, finalmente, la forma de satisfacer el interés del acreedor.

Es pago toda realización de la prestación debida (entrega de suma de dinero, de cosas específicas, realización de servicios o adopción de simples omisiones). En términos generales, el pago es un comportamiento del deudor, que se ajusta al programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria”.

A través de la definición de Díez-Picazo se entiende que el cumplimiento debe ser perfecto, esto es, tal como se pactó entre las partes, de modo que un cumplimiento inexacto o tardío también es un incumplimiento, por lo que no hay que identificar siempre el incumplimiento contractual con el incumplimiento definitivo.

El artículo 1101 CC regula que “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla”. De este artículo podemos interpretar que de los cuatro supuestos que regula, hay dos que son objetivos, la morosidad y el contravenir la obligación, y dos que son subjetivos, el dolo y la negligencia.

Defiende DÍEZ-PICAZO, GEMA⁴⁸ que nuestro ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad contractual sigue un sistema de daños objetivo. La simple desobediencia de lo pactado da lugar a un incumplimiento contractual lo que generará una obligación de resarcir los daños y perjuicios.

El acreedor tendrá que probar la existencia del contrato y los daños causados a su patrimonio debido al incumplimiento del mismo.

No tendrá que probar la actuación dolosa o culposa del deudor, esto será importante a efectos de la extensión de los daños y perjuicios, pero no para la existencia de la responsabilidad por incumplimiento contractual.

Es importante establecer que el incumplimiento contractual por sí solo no genera responsabilidad, sino que es necesario que este incumplimiento acarree una lesión para el acreedor. Por lo que para que se establezca la responsabilidad contractual, tiene que sucederse dos fases, en primer lugar, un incumplimiento de la obligación pactada y, en segundo lugar, ocasionar un daño al acreedor como consecuencia del incumplimiento.

⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 2012, pág. 165.

⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, GEMA, *La mora y la responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, 1996, págs. 352 y ss.

Dentro del incumplimiento contractual, existen varias formas diferenciadas entre sí, que a veces concurren y otras no; los diferentes tipos de incumplimiento son:

2.1-Incumplimiento definitivo

Estas lesiones del crédito tienen en cuenta la posibilidad o no de un cumplimiento posterior al pactado en el contrato dependiendo de si con ello se satisface el interés del acreedor. Por lo que dentro del incumplimiento definitivo hay varios grupos. En primer lugar, está la situación en la que el deudor no ha realizado la prestación debida a tiempo y ya no es posible objetivamente ejecutarla, o que haya sido cumplida defectuosamente y no se pueda corregir. Por otro lado, están las situaciones en las que cabe que, no habiendo cumplido el deudor o habiéndolo hecho defectuosamente, sea posible el cumplimiento tardío de la obligación o su corrección, pero el acreedor no tenga ningún interés en su cumplimiento, estos casos se dan, por ejemplo, en las obligaciones con término.

2.2-Incumplimiento defectuoso

Entendido como tal la prestación del deudor que no cumple con alguno de los presupuestos del contrato, por lo que se entiende como una prestación mal ejecutada que causará un incumplimiento contractual. El acreedor, como recoge el art. 1166 no está obligado a aceptar una cosa diferente a la pactada, aun cuando sea de mayor valor.

2.3-Incumplimiento tardío

Entiende la autora referida que no es necesario la incursión en mora para solicitar la resolución contractual, ya que postula que el mero retraso puede ser considerado como incumplimiento contractual, y dice que “en mi opinión, no es en absoluto necesario exigir la previa constitución en mora del deudor para el ejercicio de la acción resolutoria. Carece de sentido, como ya se dijo al principio, requerir este presupuesto cuando las finalidades que pretenden cubrir ambos institutos jurídico en el Derecho de obligaciones son bien diversas. La resolución persigue la disolución de un vínculo jurídico todavía existente cuando ha habido un incumplimiento obligacional por una de las partes. La constitución en mora tiene como objeto trasladar los riesgos a aquel deudor al que se le permite un cumplimiento tardío”.⁴⁹

⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, GEMA, op. cit., 1998, págs. 385 y ss.

3-La responsabilidad del deudor contractual

Como antes analizábamos, la responsabilidad civil gira en torno a la culpa del agente. Dentro del sistema contractual analizando una serie de artículos del CC:

-El art. 1101 establece que el deudor será responsable si actuó con dolo, negligencia, morosidad o contravino de algún modo su obligación.

-El art. 1105 dice que el deudor no responderá si el incumplimiento se debe a sucesos imprevisibles o inevitables.

-Y, finalmente el art. 1107 CC que regula la responsabilidad del deudor de buena fe.

Si a estos tres artículos le sumamos la evolución del concepto de culpa, podemos razonar que se presume la culpa del deudor, y él mismo tendrá que probar que el incumplimiento se debe a un caso fortuito, imprevisible o inevitable.

Las causas por las que genera el deudor la responsabilidad son:

3.1.-La culpa o negligencia

Entendida aquí como la conducta del deudor en relación con su actuación en el incumplimiento de su obligación, es importante no confundirla con la culpa entendida como la reprochabilidad del agente que estudiamos previamente en la atribución subjetiva de la responsabilidad.

Establece el artículo 1104 CC que “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

En consecuencia, la primera parte del artículo objetiva el concepto de culpa dependiendo de las circunstancias que rodeen a la obligación. Pero, en contraposición a esta idea, la segunda parte del artículo estructura un criterio de culpa muy abstracto exigiendo que la diligencia que ha de proporcionar debe ser la de “un buen padre de familia”, figura procedente del Derecho romano. Según la SANTOS BRIZ⁵⁰ este criterio es “la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la situación concreta a persona razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico de la vida social, cualificados por la clase de actividad a enjuiciar”. Lo que hay que tener en cuenta es que la medida de la diligencia exigible es fluctuante según el asunto, por lo que se pide al sujeto que actúa, la prevención en la medida de lo posible, teniendo en

⁵⁰ SANTOS BRIZ, op. cit., 1993, pág.

cuenta las circunstancias individualizadas del caso y el sector donde se desenvuelve la actividad.

A la hora de determinar la culpa es evidente que los jueces y magistrados tienen una buena cuota de discrecionalidad para actuar según su arbitrio. A pesar de ello, es la opinión mayoritaria tanto de la doctrina como de la jurisprudencia que se presume, *iuris tantum*, la culpa del deudor en caso de incumplimiento de la obligación, motivado esto en que la ejecución de la prestación acordada es un deber por parte del deudor y por ello un incumplimiento de la obligación será imputable al deudor a no ser que acredite que existe causas que le exoneren de la responsabilidad del incumplimiento. El CC en su artículo 1183 establece que “siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1096”, si se hace una interpretación analógica respecto del incumplimiento por culpa o negligencia, esta presunción puede darse tanto en el caso de las obligaciones de dar como de hacer.

Por último, la noción de culpa o negligencia no puede ser entendida desde un punto de vista restringido a la voluntad malintencionada del deudor, sino que basta con que este último no cumpla o lo haga defectuosamente respecto de lo obligado, sin tener en cuenta el porqué, siempre que sea imputable a su persona, por lo que no es un requisito de la culpa el hecho de que el deudor haya obrado con una voluntad intencionada o no de incumplir.

La STS de 20 de junio de 1994, señala que “(la culpa) no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia”.

3.2.-El dolo

Dentro del ordenamiento civil, el dolo tiene 2 acepciones diferentes:

-Por un lado, está el dolo entendido como engaño, que es un vicio de la voluntad de las partes. Se trata de un artificio, argucia, maquinación que es utilizado para que se realice un acto. Es un ardid que provoca el error en la otra parte contratante vulnerando con ello su voluntad. Este dolo no es una de las causas del incumplimiento contractual, sino que provoca la anulabilidad del contrato, es una de las causas de ineficacia contractual⁵¹.

-Por otro lado, se entiende también como dolo la intención deliberada y tendente a no cumplir con una obligación, por lo que el dolo es una de las

⁵¹ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 2012, pág. 100.

causas de incumplimiento contractual. Es esta última la acepción que en este trabajo más nos interesa.

El dolo, a diferencia de la culpa o negligencia, sí que es una actuación consciente con el objetivo de que la obligación no sea cumplida, por lo que hay una mala fe por parte del deudor. A diferencia del dolo penal, no es un requisito el hecho de que el deudor tenga una intención de ocasionar un gran perjuicio al acreedor, basta con que incumpla, deliberadamente, la obligación contractual.

Asimismo, el Código Civil entiende que el incumplimiento por dolo es más grave que el incumplimiento por culpa, por lo tanto, prohíbe que los tribunales puedan rebajar la responsabilidad ocasionada por el dolo, a diferencia de la conducta negligente o culposa. Por otro lado, el CC también imposibilita la opción de que las partes acuerden en el contrato la renuncia a exigir la responsabilidad nacida de dolo, por lo que se restringe así la autonomía privada entendiendo que no tiene cabida en el ordenamiento la opción de una exención a una conducta contraria a la buena fe. A diferencia de la culpa o negligencia el dolo nunca se presume⁵².

La característica más importante del dolo en el incumplimiento de las obligaciones es que, a diferencia de la culpa o negligencia, el art. 1107 CC establece que el deudor doloso responderá de todos los daños que se deriven del incumplimiento contractual. No se limita su responsabilidad a los daños que pudieron preverse en la constitución de la responsabilidad, sino a todos los daños, por lo que el deudor que haya incurrido en dolo no solo responderá de los daños directos, sino que el alcance de su responsabilidad será mucho más extenso que los que corresponderá a un deudor culposo o negligente.

3.3.-La mora

El artículo 1100 CC regula la mora y establece que “Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1.º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.

2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

⁵² DíEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 2012, pág. 204.

Para que exista mora es necesario la concurrencia de una serie de requisitos. En primer lugar, el acreedor tiene que exigir el cumplimiento de la obligación al deudor, dicha interpelación puede ser tanto judicial como extrajudicial. También es preceptivo que la obligación sea exigible y que no esté sometida a una condición suspensiva o término y en el caso de que fuese una obligación pecuniaria la deuda deberá ser líquida.

Asimismo, para que pueda existir la mora es necesario que, al acreedor, a pesar del retraso, le siga interesando el cumplimiento de la obligación. Es por ello que, en una obligación con término esencial no es posible la mora, debido a que para el acreedor un cumplimiento tardío es equivalente al incumplimiento definitivo.

La mora no es incompatible con la culpa o el dolo, por tanto, si la actuación del deudor es negligente o dolosa, podrá incurrir en mora, mientras que, si el retraso no es imputable al deudor, sino que se ha originado por caso fortuito o fuerza mayor, no podrá ser el deudor constituido en mora.

El deudor moroso estará obligado a cumplir la obligación y además a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al acreedor debido al retraso en el cumplimiento. Si la obligación fuese pecuniaria y el deudor incurriese en mora, el artículo 1108 CC establece que la indemnización en este caso será el pago de los intereses convenidos entre las partes, y a falta de acuerdo, será el interés legal.

Por otro lado, otro efecto de la mora es el llamado *perpetuatio obligationis*, en cuya virtud el deudor moroso responderá de los daños ocasionados, aunque estos sean consecuencia de caso fortuito, como se desprende de los art. 1096 y 1,182 CC⁵³.

4.-Las opciones frente al incumplimiento

Frente al incumplimiento del deudor el ordenamiento jurídico permite al acreedor escoger entre el cumplimiento de lo pactado o la resolución del contrato, teniendo en cuenta también que es posible acumular a estas acciones la indemnización de daños y perjuicios.

4.1.-Acción de cumplimiento de la obligación

El acreedor tiene la posibilidad de ejercer una acción para que los órganos jurisdiccionales condenen al deudor a que cumpla con su obligación, pero si aun con la condena judicial el deudor decidiese no cumplir voluntariamente, el acreedor puede exigir su ejecución forzosamente. En el artículo 571 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil se regulan las ocho modalidades existentes en nuestro ordenamiento para el cumplimiento forzoso.

⁵³ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., págs. 191 y ss.

-Ejecución forzosa en forma específica

El acreedor exige judicialmente al deudor para que este ejecute la obligación.

1.-Si se trata de obligaciones de dar, el artículo 1096 CC establece que si el objeto fuese determinado puede compeler al deudor a entregar el mismo. Por otro lado, si el objeto fuese indeterminado o genérico, podrá pedir el cumplimiento de la obligación a expensas del deudor, con el embargo de los bienes necesarios para pagar la adquisición de la cosa debida. Respecto de la entrega de cosas determinadas, el artículo 701 LEC regula que, si tras realizar todos los apremios precisos y el objeto no puede ser habido, se sustituirá la entrega de la cosa por una justa compensación pecuniaria.

2.- Ejecución forzosa de obligaciones de hacer. Establece el artículo 1098 CC que “Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa.

Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”.

El artículo 705 LEC regula que el tribunal que obligue al deudor a hacer alguna cosa establecerá un plazo para ejecutar la obligación. En el caso de que sea un hacer no personalísimo y el ejecutado no lo realizase en el plazo concedido, el ejecutante podrá encargar el trabajo a un tercero, a costa del ejecutado. Por otro lado, si la obligación fuese de un hacer personalísimo y el ejecutado se niega a realizar la ejecución podrá el ejecutante elegir entre obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida o pedir que se apremie el ejecutado con una multa mensual si continuase sin llevar a cabo su obligación, si al cabo de 1 año el ejecutado no hubiese cumplido se resolverá la ejecución obteniendo el ejecutante el equivalente pecuniario.

3.-En las obligaciones de no hacer, la Ley de Enjuiciamiento Civil diferencia según se trate de un no hacer susceptible de reiteración o no. Si el condenado quebrase la sentencia, se le requerirá para que deshaga lo mal hecho, imponiéndole multas si no lo deshiciese, se le pedirá que se abstenga de reiterar el quebrantamiento con apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial y que indemnice al ejecutante con los daños y perjuicios ocasionados. Si por el contrario el incumplimiento no fuese susceptible de reiteración la ejecución se referirá a la indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 699 LEC dispone que *“el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias”*, estas multas coercitivas están destinadas a las obligaciones de hacer personalísimo o de no hacer. Si después del plazo concedido al deudor para realizar la obligación no cumpliera

con la misma, el tribunal impondrá multas para tratar de obligar al deudor a cumplir.⁵⁴.

-Cumplimiento por equivalente

El cumplimiento por equivalente es una indemnización compensatoria que intenta cuantificar el valor de la obligación específica incumplida (*aestimatio rei*). Esta figura tiene su origen en la *perpetuatio obligationis*, teoría que entiende que la obligación permanece en el tiempo, aunque la realización de la misma se vuelva imposible, a través del deber de resarcir por parte del deudor. Esta opción siempre es subsidiaria del cumplimiento específico. No existe en el Código Civil ninguna mención al cumplimiento por equivalente, sino que es una figura doctrinal.

Hay dos posiciones doctrinales y jurisprudenciales respecto al cumplimiento por equivalente. Por un lado, la que entiende que este remedio queda integrado dentro de la indemnización por daños y perjuicios del artículo 1101 CC, que defiende que la cuantificación monetaria de la prestación incumplida y que ha devenido imposible es una de las partes tenidas en cuenta para calcular la indemnización de daños y perjuicios. Por otro lado, otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia razonan que son dos figuras independientes y autónomas, ya que argumenta que el cumplimiento por equivalente reemplaza a la prestación original en virtud de la *perpetuatio obligationis* y que la indemnización de daños y perjuicios crea una obligación nueva por disposición legal, art.1101 CC⁵⁵.

4.2.-Resolución de la obligación contractual

Es una opción frente al incumplimiento de una obligación y viene recogida en el ya referido artículo 1124 CC que regula que en las obligaciones recíprocas si una de las partes no cumpliera con su obligación, la parte cumplidora tendría la facultad de resolver la obligación.

Los requisitos para solicitar la resolución contractual debido a un incumplimiento son varios. Por un lado, es evidente que las partes tienen que estar vinculadas por un contrato y que debe encontrarse en vigor en el momento de la solicitud de resolución, además es necesario que las obligaciones nacidas del contrato sean recíprocas o sinalagmáticas. Por otro lado, es un requisito indispensable que la parte demandada el incumplimiento haya frustrado la finalidad del contrato. También es necesario que la parte que ejercita la acción de resolución no haya incumplido sus obligaciones

⁵⁴ GÓMEZ POMAR, FERNANDO, *El incumplimiento contractual en Derecho español*, 2007, págs. 15 y ss. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf

⁵⁵ SÁNCHEZ CASTRO, DAVID, *El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria*, 2010, pág. 1730 y ss. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-40172501787

contractuales, a no ser que las hubiere incumplido por el comportamiento de la otra parte, en consecuencia, si se diere un incumplimiento de las dos partes del contrato, el vínculo contractual desaparecería, teniendo la obligación cada parte de devolver lo entregado y no sería posible solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

El plazo de prescripción para la acción resolutoria es de 5 años desde que se produce el incumplimiento en virtud del artículo 1964 CC. Además, la resolución del contrato tiene efectos *ex tunc* por lo que se retrotrae las actuaciones a la fecha de celebración del contrato.

4.3.- Resarcimiento de daños y perjuicios

Está fundamentado en el artículo 1101 CC que establece que *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*. Esta acción, como recoge el artículo 1124 CC es compatible con la acción de cumplimiento o resolución del contrato.

La indemnización de daños y perjuicio es una figura jurídica encomendada a restablecer en términos económicos la situación previa al momento del incumplimiento contractual, sin que a través de esta se pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto para la víctima. Se trata de una figura que tiene una finalidad reparadora nunca una finalidad sancionadora.

Es el artículo 1106 CC el que regula que aspectos abarca la indemnización de daños y perjuicios, el citado artículo establece que *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*.

El daño emergente es el perjuicio que con el incumplimiento de la obligación se ha causado al acreedor, es decir el valor que para el acreedor tiene la pérdida del negocio jurídico, por lo que el daño emergente es una pérdida real.

Por lucro cesante se entiende que es la ganancia dejada de obtener; al no ser un valor concreto como es el caso del daño emergente, se tiene que hacer un juicio de probabilidad para poder cuantificar su valor, es decir, hay que presumir como hubieren sucedido los hechos si el deudor no hubiese incumplido con su obligación, basándose en el curso natural de las cosas y en las circunstancias de cada caso.

La jurisprudencia también ha añadido a estos dos baremos el conocido como daño moral que trata de cuantificar, dentro de lo abstracto de la materia, el sufrimiento psicológico del acreedor como consecuencia directa del incumplimiento de la otra parte

Para que la parte incumplidora del contrato tenga que indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el hecho de inobservar lo pactado, es necesario que los daños surjan dentro de la órbita de lo acordado y que no se pueda obtener el cumplimiento de forma específica.

5.-Delimitación de la responsabilidad del deudor

Dentro de los daños que se generan por el incumplimiento contractual, hay dos clases, por un lado, los económicos que son el daño emergente y el lucro cesante, y por el otro, los daños no económicos, como el daño moral. En este apartado trataremos de establecer tanto la extensión como los límites para intentar delimitar la responsabilidad del deudor e intentar clasificar que daños son imputables al deudor y cuáles no, siendo estos últimos los que quedarán fuera de la indemnización.

Antes de entrar en materia, conviene estudiar la posibilidad de las partes de delimitar el daño resarcible. Los contratantes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, podrán fijar previamente la cuantía indemnizatoria que tendrá lugar en caso de que una de las partes incumpla con sus obligaciones. Esta figura es conocida como cláusula penal y se trata de una obligación accesoria cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Tiene dos funciones, por un lado, la coercitiva, que empuja al deudor a que cumpla con la obligación principal y también una función liquidadora de los daños y perjuicios, ya que, como establece el artículo 1152 CC, las obligaciones con cláusula penal sustituirán a la indemnización de daños y perjuicios con la peculiaridad que en este caso el acreedor no tendrá que probar el incumplimiento del deudor.

En el caso de que las partes no hayan previsto una cláusula penal, los encargados de cuantificar los daños resarcibles serán los órganos jurisdiccionales. Como el deudor no es responsable de todos los daños derivados del incumplimiento sino de los que sea objetivamente imputable, los jueces y magistrados tendrán que establecer y delimitar cuales son objeto de resarcimiento, para ello cuentan con varios criterios jurídicos:

-La previsibilidad del daño.

El artículo 1107 CC ya nos dice que el deudor solo será responsable de los daños que se hubiesen podido prever en tiempo de la perfección del contrato, a excepción del deudor de mala fe que responderán de todos los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, tanto los previstos como los imprevistos. A partir de esta distinción se puede diferenciar el daño que tendrá que resarcir un deudor negligente o moroso de uno doloso.

-Fin de protección del contrato

Esta teoría originaria del derecho alemán entró en nuestro ordenamiento a través de la jurisdicción penal con la teoría del fin de protección de la norma, dentro de la imputación objetiva. Dicha teoría establece que no pueden ser

objetivamente imputados a la conducta del autor del daño aquellos resultados dañosos que están fuera del ámbito de protección de la norma sobre la que se fundamenta la responsabilidad del autor del daño⁵⁶. Por lo que, haciendo una analogía con la materia contractual, a la hora de delimitar el daño que deberá ser indemnizado, el juez tendrá que tener en cuenta la finalidad del contrato y los intereses buscados con su formación, de forma que, si el incumplimiento lesiona uno de esos intereses contractuales, ese daño se incardinará dentro de la indemnización. En consecuencia, para saber el fin de protección del acuerdo habrá que interpretar la voluntad de las partes a la hora de perfeccionar el mismo⁵⁷.

El fin de protección del contrato está ligado a la previsibilidad del daño, entendiendo que a la hora de delimitar qué intereses del acreedor están dentro del convenio, hay que analizar que riesgos fueron asumidos por el deudor al obligarse contractualmente. El deudor asume los riesgos inherentes a un posible incumplimiento, que son los daños que él, en el momento de la formalización del contrato, pudo prever y asumió, por lo que, en su vertiente negativa, los daños imprevisibles no fueron asumidos por él, ni por las otras partes del contrato, como un riesgo inherente al mismo y consecuentemente no quedará obligado a indemnizar esos riesgos imprevisibles.

Por ejemplo, la STS 17 de marzo 2011 rechaza la posibilidad de indemnizar por lucro cesante al acreedor que iba a utilizar el dinero del contrato realizado para comprar un inmueble y debido a que no le abonaban el dinero a tiempo se frustra el negocio. Entienden los magistrados que este segundo negocio se encuentra fuera de la órbita del primer contrato y no es posible delimitarlo dentro de los daños y perjuicios previsibles.

6.-Prueba de la culpa contractual

Como hemos mencionado con anterioridad, para que el incumplimiento del deudor sea considerado culposo, no es necesario que haya llevado a cabo un comportamiento tendente a la obstrucción del cumplimiento de la obligación, basta con la mera inactividad o una falta de diligencia o de previsión del deudor para que el incumplimiento sea entendido como culposo o negligente.

Por otro lado, el artículo 1183 CC recoge que *“Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096”*. Si se hace una interpretación analógica de este artículo respecto de la carga probatoria en el incumplimiento contractual, se entenderá que se presume la culpa contractual por parte del deudor, atribuyéndole la

⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 1999, pág. 348.

⁵⁷ RUIZ ARRANZ, ANTONIO, *La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en derecho alemán y español. Un análisis comparado*, 2016, págs. 418 y ss.

Disponible en:

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/681226/RJUAM_34_16.pdf?sequence=1&isAllowed=y

carga de demostrar que el incumplimiento contractual no se debe a un comportamiento negligente o culposo de su parte⁵⁸.

En el caso en el que el acreedor formule que el incumplimiento se debe a la actuación dolosa del deudor, tendrá que ser probado por el que lo alega siempre, ya que el dolo nunca se presume. Esto interpretamos que se puede deber a que la situación corriente que el ordenamiento anticipa que se puede dar en un incumplimiento es la culpa o negligencia, mientras que el dolo es una situación más excepcional, por lo que tendrá que ser probada por la parte que lo alega.

La regla general es que el incumplimiento por parte del deudor se presume culposo, por lo que se invierte la carga de la prueba. Sin embargo, la prueba de la relación causal del incumplimiento es carga del acreedor, según las normas establecidas en el artículo 217 LEC. Asimismo, hay que reiterar que el dolo no se presume en ningún caso y que la carga de la prueba corresponde al que lo alega.

7.-Exoneración de la responsabilidad

El artículo 1105 CC dice que *“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*. Esta norma establece dos supuestos en los que el incumplimiento no podrá ser imputado al deudor y es cuando los hechos acaecidos hayan sido imprevisibles o inevitables.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que según una actuación con una diligencia normal habría que prever el curso normal de las cosas y que no se puede exigir la previsión de sucesos que, aunque no fuesen imposibles, físicamente fuesen insólitos o extremadamente improbables. Por otro lado, si actuando el deudor con la diligencia acorde a su obligación, fuese imposible el impedimento de un suceso, o su evitación requiriese por parte del deudor una prestación exorbitante o sacrificios desproporcionados, se exoneraría al deudor de la responsabilidad.

Dentro de la imposibilidad sobrevenida, el CC regula en el artículo 1156 que las obligaciones pueden extinguirse por la pérdida de la cosa debida, a su vez el artículo 1122.1.ª CC declara que *“Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación”*, en este caso la imposibilidad de realizar lo pactado conlleva la extinción de la obligación y la exoneración del deudor.

Para que se surta efecto lo dispuesto en el artículo 1105 se tienen que dar una serie de requisitos:

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit. 2012, pág. 203.

1-Los sucesos que originen la imposibilidad del contrato tienen que ser siempre posteriores al nacimiento del mismo, ya que el efecto de un negocio jurídico imposible es la nulidad.

2-Como establece el artículo 1182 CC, el deudor no tiene que ser culposos ni haber incurrido en mora para que sea posible la extinción de la obligación, por lo que, si es el propio deudor el que provoca esa imposibilidad o bien si la obligación se vuelve imposible de realizar estando constituido en mora el deudor, en este caso se dará la ya citada *perpetuatio obligationis*.

3-Si para cumplir la obligación hay que realizar unas dificultades extraordinarias, el TS entiende en la Sentencia del 30 de abril del 2002 que puede considerarse esa obligación como imposible. Estas dificultades se tienen que dar debido a alteraciones de las circunstancias encuadradas dentro del contrato. El Tribunal Supremo ha ido admitiendo con extremo cuidado la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta permite modificar el convenio en las situaciones que alteren las circunstancias de este y que generen a una de las partes un cumplimiento demasiado gravoso.

Capítulo III.-Responsabilidad extracontractual

1-Definición

El ya reiterado art. 1089 CC, establece que una de las fuentes de las obligaciones será “los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. Cuando estos daños se generen fuera del ámbito del contrato, se generará responsabilidad extracontractual.

Dentro del ordenamiento español, la responsabilidad extracontractual está regulada en el artículo 1902 que dispone que “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Lo que se vulnera en este caso, no es un acuerdo pactado entre las partes como en la responsabilidad contractual, sino el principio general de no dañar a nadie, *alterum non laedere*.

Este principio, está aceptado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la STS de 8 de mayo de 1986 entiende que “alterar el principio de necesidad de una convivencia social ordenada, que impone un deber general de corrección y dependencia en relación con los ciudadanos, según las multiformes circunstancias de la vida, con aplicaciones variadísimas, conducentes a la apreciación de que el acto es ilícito en el sentido extracontractual cuando viola dichos deberes generales de corrección social o de conducta correcta, que aun no estando escritos en los Códigos siempre representan el presupuesto mínimo sobreentendido del orden normal de la vida social”. En consecuencia, se puede establecer que el principio *alterum non laedere*, es en nuestro ordenamiento, un principio general del Derecho, que limita la acción del agente y que una vez sobrepasado y lesionando un interés ajeno, puede devenir ilícita⁵⁹.

La responsabilidad extracontractual también se conoce como responsabilidad aquiliana, debido a la *Lex Aquilia de damno*, institución propia del Derecho Romano, referida a los daños causados *damnum iniuria datum*, es decir, daños causados ilegalmente.

El sistema de responsabilidad extracontractual no se basa en la tipicidad, es decir, para que un daño sea considerado como susceptible de resarcimiento, no es necesario que el ordenamiento jurídico regule todos los daños que podrán ser objeto de responsabilidad extracontractual, sino que se sigue un sistema de cláusula general, a pesar de que haya leyes especiales que regulen ciertos intereses protegidos, en el que se establece que el daño para ser resarcible requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido⁶⁰.

⁵⁹ BUSTO LAGO, op. cit., 1998, pág. 108.

⁶⁰ ROCA TRÍAS, op. cit. 2007, pág. 33.

Por lo mencionado hasta aquí, entendemos que la responsabilidad extracontractual es una obligación nacida por la producción de un daño a un tercero, no vinculado previamente por una relación contractual, vulnerando con ello, el principio de *alterum non laedere*, de no generar daño a nadie.

2-Distinción con las obligaciones nacidas de delitos

El Código Civil regula dos tipos diferentes de responsabilidad extracontractual, por un lado, las nacidas debido a un hecho delictivo, penado por ley, y las que no. Establece el art. 1092 CC que las obligaciones que se originen debido a un delito se regirán por lo dispuesto en el Código Penal. El artículo 116.1 CP regula que “Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”.

Debido a esta dicotomía de la responsabilidad surge la pregunta de si existen dos tipos de responsabilidad extracontractual, una nacida de delito y otra de hecho ilícito. La doctrina mayoritaria (Roca Trías, pág.44) entiende que la responsabilidad nace del daño y una vez atribuida la imputación, se diferenciará el orden jurisdiccional pertinente, por lo que solo hay un sistema de responsabilidad extracontractual, que se basa en la reparación del daño, pero sí que hay una dualidad de normas que las regulan, por un lado las pertenecientes a la jurisdicción penal, que será el adecuado para regular los daños producidos por un delito, y la jurisdicción civil, que se encargará de los daños derivados de un acto no ilícito.

Esta separación normativa ha generado mucho malestar en la doctrina, así que expondremos una, a nuestro parecer, ilustrativa exposición por parte de YZQUIERDO TOLSADA⁶¹ en la que defiende la incorrecta división de la normativa aplicable:

“Promulgado el Código civil en 1889, lo lógico habría sido derogar tales normativas y vaciarlas en el propio Código civil, que fue todo lo contrario de lo que se hizo: el art. 1902 se remitió al Código penal, que ha seguido hasta la actualidad regulando indebidamente las consecuencias civiles del delito, reservándose en cambio el Código civil la regulación de esos mismos, ahí está el problema, daños para el caso en que no se hubiesen ocasionado junto a la comisión de un delito o falta (cuestión, esta que, por cierto, nunca se va a poder saber a priori, sino solo cuando un juez penal concluya el procedimiento criminal con una sentencia condenatoria). No existe una responsabilidad civil derivada del delito y una responsabilidad civil pura, sino sencillamente, responsabilidad civil, tan civil y tan pura como en el caso de que no haya sido causado con ocasión de un delito o falta como en el caso de que no haya sido así. Aquello que, en el tema que nos ocupa, interesa al Derecho civil (a saber, la reparación del daño causado) nunca podrá encontrar su fundamento ni su origen en un delito: este, como tal, solo tendrá consecuencias en el orden penal; si además ha causado daños resarcibles, serán estos, y no el delito, la

⁶¹ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, págs. 52 y ss.

verdadera fuente de la obligación(...) No son tales obligaciones civiles consecuencia de un acto que resulta está tipificado en la ley penal, sino consecuencia de un acto que, tipificado o no, originó un daño moral o material resarcible. (...) La lógica aconsejaría la eliminación del Código penal sustantivo de todo lo referente a las consecuencias civiles. Y si examinamos las consecuencias prácticas de tan inadecuada distinción, comprobaremos que también lo aconseja la justicia”.

En el mismo sentido se manifiesta Díez-Picazo⁶², entiende que la distinción y la regulación por parte del orden penal debió dejar de existir hace tiempo, pero que las diferencias entre las dos normativas no son necesariamente insalvables si se interpreta extensivamente los dos códigos.

3.-La responsabilidad objetiva

En este tipo de responsabilidad, la persona responsable deberá indemnizar al perjudicado sin importar si en la acción u omisión productora del daño ha intervenido culpa o negligencia. A diferencia de la responsabilidad extracontractual subjetiva en la que sí que se tiene en cuenta la actividad realizada por el agente para determinar si es responsable de los daños ocasionados, en este sistema, es indiferente en nivel de precaución o de previsión efectuados.

Como estudiamos anteriormente, la responsabilidad objetiva surge con el avance tecnológico e industrial y los problemas inherentes a los mismos, es decir, los daños producidos por esas actividades peligrosas; como consecuencia, la concepción de la responsabilidad civil evolucionó incorporando la responsabilidad extracontractual objetiva, según la cual, los daños ocasionados por las actividades potencialmente peligrosas serán resarcidos sin considerar si el agente intervino con culpa. Este sistema se configura así debido a que el producto de esas actividades peligrosas es socialmente útil⁶³.

Asimismo, la jurisprudencia ha ido admitiendo la responsabilidad objetiva; la STS de 31 de enero de 1992 declara que “la denominada responsabilidad por riesgo viene a significar que las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aun lícitas y permitidas, deben recaer sobre el que ha creado un peligro para tercero "doctrina que, llevada a sus últimas consecuencias, conduce a la pura objetivación del daño y desemboca en la obligación de responder por el peligro puesto por sí mismo, pudiendo decirse que no es necesario basar la responsabilidad en la culpa del sujeto”.

Para que se impute la responsabilidad objetiva, es necesario que una norma legal establezca que el daño ocurrido será resarcible por el mero hecho de acaecer, dentro de una actividad, entendida por la norma como peligrosa.

⁶² DÍEZ-PICAZO, LUIS, op. cit., 1999, pág. 283.

⁶³ ROCA TRÍAS, op. cit., 2007, pág. 301.

Los elementos en los que se fundamenta la responsabilidad objetiva son:

3.1.-Riesgo anormal

Este es el criterio fundamental dentro de la responsabilidad objetiva. La actividad que causa el daño debe ser anormalmente peligrosa, es decir, que exista una probabilidad alta de que el daño ocurra o que si el daño ocurre esté sea devastador. Dentro de la responsabilidad objetiva, el riesgo va adherido a una incapacidad plena del agente para garantizar el resultado sin ningún daño, aunque tome todas las medidas posibles.

Nos parece importante hacer un inciso para diferenciar la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por riesgo también llamada quasi-objetiva. En la responsabilidad objetiva el daño es producido por una actividad peligrosa, pero aceptada socialmente, como la conducción de vehículos a motor, a pesar de ser peligrosa, la ley acepta la actividad, pero quien ocasione un daño como consecuencia de la misma será imputado responsable civilmente. Sin embargo, existe la responsabilidad por riesgo, entran en este ámbito los deportes extremos, por ejemplo, en los que quien lo practica asume el riesgo que va implícito en su realización. En este supuesto, el TS declara que simplemente por realizar una actividad de riesgo no es un criterio de imputación absoluto que genera la obligación de indemnizar, sino que será indemnizable en los casos excepcionales y en los reconocidos expresamente por la ley⁶⁴.

3.2.-Inoperancia del juicio de negligencia

Como hemos visto, el riesgo tiene que sobrepasar la posible actuación diligente, por lo que, si se tratase de una responsabilidad por culpa, las víctimas del daño no serían resarcidas del daño, por lo tanto, la responsabilidad objetiva es ideal para las actividades que sean más propicias a causar daños considerables, a pesar de actuar de forma diligente. Asimismo, esto supone que la responsabilidad objetiva juega un mayor papel en la función preventiva y, además, el agente deberá analizar económicamente, si la reparación de los probables daños será impedimento o no para el desarrollo de la actividad

3.3.-Comunidad de riesgo

Hay situaciones en los que no concurre un riesgo extraordinario y aun así están dentro de los supuestos de responsabilidad objetiva, como, por ejemplo, ocurre con los productos defectuosos. A pesar de que el daño que causa no es debido a una actividad peligrosa, el agente productor tendrá que indemnizar el daño debido a que el consumidor espera que el fabricante garantice la seguridad de su producto; de igual forma, el fabricante teniendo esto en cuenta, aumentará el coste de venta atendiendo a una posible indemnización. Es por ello que los

⁶⁴ ROCA TRÍAS, op. cit., 2009, pág. 7

compradores serán la comunidad de riesgo, factor que repercutirá el vendedor en el precio de su producto.

3.4.- Commodum Eius Esse Debet Cuius Periculum Est

Este concepto romano se podría traducir como “quien está en la ventaja, debe estar también en la desventaja”. Esta máxima entiende que es lógico que recaiga sobre la misma persona tanto el beneficio como el daño de la explotación de una actividad peligrosa. Cuando el titular de la actividad se lucra de la misma, y encima repercute el coste del posible daño a los clientes, es lógico que sea el que tenga que resarcir el daño que esa actividad cause⁶⁵.

4.-Reparación del daño

El principio fundamental de la responsabilidad civil es la reparación de los daños ocasionados. Así, la consecuencia de realizar un evento dañoso es una sanción que restablezca la situación precedente, logrando un equilibrio del orden jurídico⁶⁶.

4.1.-La obligación de indemnizar el daño

Hay que recordar que la función principal de la responsabilidad civil es el intentar restablecer dentro de lo posible, la situación jurídica previa al daño causado y si esto no fuese posible, la reparación del daño a la persona perjudicada, ya que no tiene por qué soportarlo. Nace entonces una obligación, por la cual el agente productor del daño deberá indemnizar a la víctima del daño, no se busca el enriquecer al perjudicado, sino restaurar su situación previa. La deuda surgida como consecuencia de la responsabilidad extracontractual tiene una serie de características.

-Es una deuda de valor, es una deuda pecuniaria donde el objeto de la obligación consiste en entregar al acreedor la suma de dinero que corresponda al valor adquisitivo que tenía la cantidad de dinero prevista al constituirse la obligación, es decir, se tendrá que calcular el valor del daño sufrido para establecer la cuantía a resarcir. Entiende la jurisprudencia que la indemnización de daños son deudas de valor ya que no se determinan en el momento de producción del daño, sino con el pronunciamiento judicial, y, como consecuencia, no puede depreciarse la moneda.

Así, lo establece, por ejemplo, la STS 17 de abril de 2007 la cual dice que “Declarar como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser

⁶⁵ BASOZABAL ARRUE, op. cit., págs. 55 y ss.

⁶⁶ SANTOS BRIZ, op. cit., pág. 387.

económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado”.

-Obligación no personalísima; la regla genera es que la obligación derivada de la responsabilidad extracontractual no es personalísima. Esto tiene como consecuencia principal, que la deuda o el crédito, puede ser transmitido inter vivos o por causa de muerte.

-Obligación solidaria; si el daño ha sido producido por varios autores se presume la solidaridad. La doctrina entiende que de este modo se favorece las reclamaciones de la víctima. Se califica a esta situación como solidaridad impropia, debido a que no está reconocida por ninguna norma legal. La solidaridad no se dará cuando se pueda determinar quién es el verdadero autor del daño o si se determina el grado de responsabilidad de cada autor respecto de la producción del perjuicio, responderán mancomunadamente de la parte que les corresponda. No es necesario el litisconsorcio pasivo necesario, sino que la víctima podrá demandar directamente a uno de los autores quien tendrá que indemnizar por todo el menoscabo a la víctima y, posteriormente, ejercer la acción de repetición ante los demás coautores del daño.

-Obligación ilíquida; la indemnización consiste en una deuda ilíquida cuyo monto se fijará una vez se determine los daños sufridos y se valoren los mismos. La prueba de la valoración del daño será carga de quien lo alega, para fijar el valor correspondiente, habrá que tener en cuenta la situación actual del objeto y la que hubiese tenido de no haberse producido el daño. En cambio, si se trata un daño en las personas, habrá que valorar los perjuicios sufridos, incluyendo los de tratamiento médico y derivados, así como los daños morales.

4.2.-Formas de reparación del daño

El art. 1902 CC solo establece la obligación de reparar el daño causado, pero no menciona las formas posibles de hacerlo. Existen dos formas, que son el resarcimiento en forma específica y la prestación por equivalente. Será el perjudicado quien pueda escoger entre los dos medios de reparación excepto cuando la ley lo prevea o cuando alguna de las formas sea imposible.

-La reparación por resarcimiento en forma específica; esta forma trata de reponer a la víctima la situación en la que se encontraba antes del daño, que es la finalidad principal de la responsabilidad civil. La posibilidad de que esto ocurra depende de que fue lo dañado. Si se trata de cosas materiales, la restitución será posible con la devolución de los objetos. Si el daño fuese la destrucción de un bien específico y el autor que lo realizó ha fallecido, la restitución será imposible y se tratará de compensar el daño sufrido a través de indemnizaciones. La imposibilidad de reparación también puede tener lugar si

requiere inversiones muy costosas o la intervención de un tercero que no quiere cooperar.

En el caso en el que lo que se intente reparar sea un derecho de la personalidad, la ley establece las formas concretas de reparación; por ejemplo, el art.9 de la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, regula medidas como la difusión de la sentencia o el derecho a replicar.

-El resarcimiento por equivalente; si el resarcimiento en forma específica no fuese posible, el perjudicado tendrá el derecho a obtener el equivalente pecuniario del daño causado. Se tendrá que valorar el menoscabo originado y la indemnización consistirá en el resarcimiento monetario, no es una reparación en sentido estricto, sino más bien una compensación, intentando que el perjudicado del daño no sufra una disminución en su patrimonio.

5.-La culpa y el dolo en la responsabilidad extracontractual

Dentro de la atribución subjetiva de la responsabilidad, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual se nutren de la definición del art. 1104 CC para fijar el concepto de culpa. Asimismo, para la producción de la culpa o negligencia no es necesario la intención de dañar, el autor no estima que de su comportamiento se pueda derivar un daño a terceros, a diferencia de la actitud dolosa en la que sí que entiende que de su forma de actuar es previsible la creación de un daño, aunque sea esta o no su voluntad.

Dentro del régimen de la responsabilidad por daños, el concepto de culpa gira en torno a la actuación de los agentes a la hora de evitar la aparición de daños como consecuencia de sus actividades, por lo que, dependiendo del sector de la actividad, se tendrá que llevar a cabo una diligencia determinada. Al ser la diligencia debida una característica casuística, es el deber de la jurisprudencia la fijación de unos criterios exigibles en cada ámbito de la actividad social y económica donde se generen daños con una cierta frecuencia, para que así los agentes de esos sectores tengan claramente delimitado cual es el nivel de diligencia con el que tienen que actuar. Esta tarea, para REGLERO CAMPOS⁶⁷ no ha sido realizada de forma correcta ni pormenorizada por el TS, sino que se limita a fijar la culpa del demandado, pero no pormenoriza cual debió ser su actuación para no haber incurrido en responsabilidad por daños.

Vimos dentro del apartado del dolo en la responsabilidad contractual, que el alcance de la responsabilidad del deudor doloso era mayor que la del deudor culposo o negligente. Debido a ello surge la duda de si hay alguna diferencia en la responsabilidad por daños entre la conducta culposa o dolosa.

⁶⁷ REGLERO CAMPOS, FERNANDO, *Lecciones de responsabilidad civil*, 2ª Ed., Editorial Aranzadi, 2013, pág. 74.

En primer lugar, hay que establecer que el art. 1902 CC no menciona el dolo, sino solo la culpa o negligencia. Esto para ROCA TRÍAS⁶⁸ supone que “la cuestión de si se trata de dolo o culpa es indiferente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual”.

En mi opinión esta afirmación es correcta debido al desplazamiento de la importancia de la culpa dentro del sistema de responsabilidad civil. A pesar de seguir siendo principalmente una responsabilidad por culpa, la tendencia hacia una responsabilidad más objetiva y el establecimiento del daño como el elemento principal, hacen que dentro de la responsabilidad extracontractual no sea excesivamente importante si la actuación del agente fue dolosa o culposa, trasladando la atención en la reparación del daño causado, por lo que una vez hecho el reproche de culpabilidad al productor de la acción dañosa e imputándole la responsabilidad de los daños, si esa actuación fue dolosa o culposa pasa a un segundo plano.

⁶⁸ ROCA TRÍAS, op. cit., 2007, pág. 76.

Capítulo IV.-Diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual

A priori, la premisa de la que parte la responsabilidad contractual es en el incumplimiento de las obligaciones pactadas entre las partes, que, a su vez, crea un daño o perjuicio para la parte acreedora, mientras que el presupuesto de la responsabilidad extracontractual es la creación de un daño a un tercero, sin una relación contractual previa. Como consecuencia, se puede entender que la diferencia es que, por un lado, la responsabilidad contractual surge debido al daño producido a una persona con la que existe un vínculo previo y, por otro, la responsabilidad extracontractual surge por la vulneración de una obligación genérica de respeto, prudencia y diligencia, independiente de cualquier relación obligatoria previa.

Nuestro ordenamiento jurídico, en teoría, regula, la responsabilidad contractual en el art. 1101 CC y la responsabilidad extracontractual en el art. 1902 CC, aunque esta distinción no es muy rígida ya que para la aplicación de la responsabilidad extracontractual son aplicables ocasionalmente los artículos en principio destinados a la responsabilidad contractual.

1.-Cláusulas contractuales limitativas de la responsabilidad

La autonomía de la voluntad de las partes permite a estas pactar cláusulas que limiten o modifiquen el régimen jurídico de la responsabilidad contractual. Así, el art. 1202 CC establece que no se podrá renunciar a la responsabilidad producida por dolo, por tanto, la responsabilidad nacida de culpa sí que será objeto de posible ordenación de las partes contractuales⁶⁹.

Dentro de la responsabilidad extracontractual, resulta paradójico el hecho de que pueda existir una cláusula que condicione la responsabilidad por daños, debido a la falta de relación previa relación entre el causante del daño y la víctima. Esto por norma general es así, aunque hay casos en los que es factible la existencia de una modificación de la responsabilidad extracontractual como consecuencia de la autonomía de la voluntad. Estos casos se pueden dar si existe un grupo de personas amenazados por el peligro de una actividad y el agente productor de esa actividad propone alguna cláusula que limite su posible responsabilidad extracontractual (vecinos a los que puede afectar las emisiones producidas de una industria cercana)⁷⁰

Por tanto, la diferencia no es tanto la posibilidad de modificar el régimen de responsabilidad, sino las diferencias que pueden darse en el caso en que un agente modifique la responsabilidad a la que podrá ser imputado⁷¹, a través de

⁶⁹ CAVANILLAS MÚGICA, TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual: tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Arece, 1992, pág. 56.

⁷⁰ ALVÁREZ LATA, NATALIA, *Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil*, 1997, pág. 97.

Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/80522528.pdf>

⁷¹ Es interesante el enfoque que propone la STS de 10 de junio de 1991, Roj: STS 3062/1991.

un seguro de responsabilidad, si este solo abarca la responsabilidad extracontractual, y no la contractual, o viceversa⁷².

2.-Extensión del resarcimiento

Como antes analizamos, de la lectura e interpretación de los art. 1107 y 1103 CC, el alcance del resarcimiento por los daños y perjuicios puede ser diferente, dependiendo si estos ocurren dentro del ámbito contractual o dentro del extracontractual.

Así BLANCO GÓMEZ⁷³ resume la posición de la doctrina respecto de este tema en dos bandos. Por un lado, la que defiende que no tiene por qué existir una diferencia a la hora de delimitar la cuantía de la indemnización (que el propio autor defiende) nombrando principal defensor a YZQUIERDO TOLSADA. La cual postula que no es razonable que en la responsabilidad contractual se diferencie la conducta del deudor, si es culposa o dolosa, para limitar los daños que se hubieren podido prever. Y, que en la responsabilidad extracontractual se responda de todos los daños ocasionados, sean previsibles o no, siendo indiferente la conducta del agente que provocó los daños. Propone esta corriente que el art. 1107 se incardine en la responsabilidad extracontractual.

Por otro lado, a través de las manifestaciones de SÁNCHEZ VÁZQUEZ Y O'CALLAGHAN, resume la doctrina que defiende que sí debe haber una diferencia en la extensión del resarcimiento entre los dos sistemas de responsabilidad civil, razonando que, en la formalización de un contrato, se tiene en cuenta los daños y perjuicios previsibles en el momento del mismo, determinando así el límite de la indemnización culposa, no pudiendo ocurrir lo mismo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, ya que no habiendo una obligación preexistente no es posible hacer una previsión de los daños. Diferencian, que la obligación surgida de la responsabilidad extracontractual es la causa del vínculo jurídico nacido entre la víctima y el agente, no como en la responsabilidad contractual, donde los daños son consecuencia de una relación obligatoria previa.

3.-Pluralidad de responsables

A pesar de que el art. 1137 CC dispone que “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de esta. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de

⁷² CAVANILLAS MÚGICA, op. cit., 1992, pág. 57.

⁷³ BLANCO GÓMEZ, JUAN JOSÉ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática de derecho sustantivo español*, Ed. Dykinson, 1996, págs. 38 y ss.

solidaria”, la jurisprudencia, desde un primer momento respecto de la responsabilidad extracontractual, y más paulatinamente, en la responsabilidad contractual, entiende que si hay una pluralidad de partes se presume la solidaridad. Esto, evidentemente, no será así en el caso en que se pueda determinar eficazmente, la parte correspondiente del daño a cada uno de los sujetos intervinientes en la acción dañosa⁷⁴.

La jurisprudencia, ya desde los años 80, presume la solidaridad tanto en el ámbito extracontractual como en el contractual, así la STS de 19 de junio de 1984 establece que “estructurar la relación obligatoria como solidaria frente a los dos acreedores, situándose dentro de la línea largamente explicada por la Jurisprudencia de esta Sala sobre la concepción actual de la obligación solidaria (sentencia de 2 de marzo de 1981 y 15 de marzo de 1982, entre otras) semicorrectora del artículo 1.137 del Código Civil , tanto como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos como en garantía de los perjudicados por actos ilícitos extracontractuales si se manifiesta una interna conexión, descartándose la solidaridad únicamente donde hay una mera casual identidad de fines o de prestaciones”

4.-Prescripción

Es este el mayor problema que se suscita en la práctica respecto de las dos figuras de la responsabilidad civil. Esto se debe a que la prescripción de la responsabilidad contractual se produce a los 5 años, en virtud del art. 1964.2 CC y la acción de responsabilidad extracontractual prescribe al año, en virtud del art. 1968.2 CC. Esta diferenciación supone el problema práctico de la contestación por parte del demandando, fundamentando que la responsabilidad es extracontractual y no contractual, como alegaba el actor, solicitando la desestimación de la demanda por prescripción de la acción.

Ante esta posibilidad, la jurisprudencia, siempre ha sido muy flexible a la hora de admitir la demanda por un tipo u otro de responsabilidad, calificando los hechos de tal manera que no suponga la prescripción de la acción, por lo que resulta extraño que el TS estime la excepción de la prescripción por la calificación jurídica de la acción⁷⁵.

⁷⁴ CAVANILLAS MÚGICA, op. cit., 1992, pág. 46.

⁷⁵ REGLERO CAMPOS, op. cit., 2013, págs. 58 y 59.

Capítulo V.-Concurrencia de las dos responsabilidades

La concurrencia de responsabilidades surge cuando daño se sitúa en un área común a ambas responsabilidades, es decir, un hecho dañoso puede ser regulado tanto por la responsabilidad contractual como por la extracontractual. De resultas de esto, surgirá el problema de delimitar cuál de las normas regirá para los hechos acaecidos, si bien el posible concurso de acciones lo desarrollaremos más adelante.

1.-Situaciones limítrofes

Se dan en nuestro ordenamiento una serie de situaciones en las que la calificación puede ser doble, o bien, la elección entre qué responsabilidad escoger se hace difícil, ya que hay una serie de supuestos que están en la frontera entre una y otra:

1.1.-Relación jurídica precedente análoga al contrato

La jurisprudencia exige para que opere la responsabilidad contractual que, con carácter general, el daño o perjuicio sufrido por el acreedor sea causado por el incumplimiento de la obligación pactada en el contrato, es decir, se precisa que haya una vinculación directa entre el incumplimiento de la obligación y el daño. A pesar de ello, la jurisprudencia también ha entendido que entra dentro del ámbito de la responsabilidad contractual cuando hay un vínculo obligacional previo entre las partes, originado de situaciones análogas al contrato.

Así, la STS de 26 de enero de 1984 declara que “la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase, como la comunidad de bienes o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, siendo de tener en cuenta que, como ha observado la sentencia de esta Sala de tres de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento ello excluye la aplicación del artículo mil novecientos dos del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual: existiendo obligación derivada de contrato o de relación precedente análoga no hay que acudir a los artículos mil novecientos dos y mil novecientos tres, que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto contravenido(...) la obligación de reparación de la red indicada a consecuencia de las filtraciones que causaron daños a la actora no surgió “ex novo» a virtud de esos daños y por causación material de la recurrente sino que deriva de la relación jurídica previa existente entre ambas, relación que, en cuanto al incumplimiento de la obligación de la Empresa conservadora o ante su negligencia o morosidad en el cumplimiento, le impone, como señala el artículo mil ciento uno del Código Civil, la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

1.2.-La responsabilidad procedente del cuasicontrato

El cuasicontrato es una de las fuentes de obligaciones como declara el art. 1089 CC. El art. 1887 del mismo regula que “Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados”. Nuestro Código Civil regula dos tipos de cuasicontratos que son la gestión de negocios ajenos y el cobro de lo indebido, pero a pesar de que se establece el deber de indemnizar por los daños que se puedan causar en ambas figuras, no se determina si esta responsabilidad es contractual o extracontractual.

La doctrina mayoritaria entiende que la responsabilidad surgida de los cuasicontratos tiene carácter extracontractual, pero que, como se trata de una acción personal en la que no está establecido el plazo de prescripción, prescribirá la acción a los cinco años, siguiendo lo estipulado en el art.1964.2 CC.⁷⁶

1.3.-El daño in contrahendo

Tiene lugar este suceso cuando previamente a la formalización de un contrato, una de las partes, confiando en su celebración, resulta perjudicada por la no perfección de este. En este caso, parte de la doctrina, equipara este daño al surgido de una ruptura del precontrato, por lo que entiende que el ámbito de la responsabilidad del daño será el contractual. Por otro lado, la mayoría de la doctrina cree que la ruptura de negociaciones preliminares no se puede vincular a la responsabilidad contractual, por lo que según ellos quedará dentro de la responsabilidad extracontractual.

La jurisprudencia también viene calificando que la culpa o daño *in contrahendo* genera responsabilidad extracontractual, así lo califica la STS de 25 de junio de 2014 que declara que “No obstante, como se ha razonado en el motivo anterior, de la interpretación jurídica que se da a los hechos probados, entre las partes no hubo más que unos tratos preliminares por lo que no puede resolverse un contrato inexistente, sin perjuicio, como se ha indicado con anterioridad, de que pueda derivarse una determinada responsabilidad (responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo), que sí reconoce la sentencia según señala el último párrafo del fundamento de derecho noveno, pero no derivado de un incumplimiento contractual (ex art. 1124 y artículos 1106 y 1107 CC), sino por responsabilidad derivada del art. 1902 CC”.

Esta misma sentencia también analiza los daños resarcibles que se pueden originar del daño *in contrahendo* indicando que “La doctrina, en este tipo de convenciones ha distinguido entre el interés positivo y el interés negativo. En supuestos de responsabilidad extracontractual la indemnización alcanza el interés negativo que da lugar al reembolso de los gastos realizados, sin que ello suponga impedir que dentro del interés negativo se indemnice el daño

⁷⁶ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, págs. 93 y ss.

patrimonial sufrido, debidamente probado (STS 16 de diciembre de 1999). En ningún caso alcanza el llamado interés positivo o la pérdida de oportunidades, como el beneficio que podría obtener la parte perjudicada si se hubiese celebrado el contrato. Se trataría tan solo de colocar a la parte perjudicada en aquella situación en que se habría encontrado si la carta de intenciones no se hubiere suscrito”.

De esta sentencia se pueden apreciar claramente dos factores de la responsabilidad por culpa o daño *in contrahendo* que son, en primer lugar, la calificación de estos daños como responsabilidad extracontractual y, en segundo lugar, que la extensión de los daños alcanza el gasto ocasionado por la creencia de la formación del contrato, pero no las posibles ganancias que de ese futuro contrato la parte iba a obtener.

1.4.-El daño postcontractual

Existen también problemas para delimitar cuando finaliza un contrato y qué responsabilidad es la adecuada para determinar los daños nacidos en esas situaciones. Nos parece bastante explicativo el ejemplo que propone YZQUIERDO TOLSADA⁷⁷ en el que dispone que el obligado a entregar un objeto quedará liberado de su obligación si se da un caso de imposibilidad sobrevenida, pero deberá notificar al acreedor esta situación, si no lo notificase y el acreedor sufriera daños como consecuencias de esta espera, el perjudicado tendrá derecho a obtener una indemnización, la cual se desarrollará dentro de la esfera contractual.

1.5.-La conocida como “zona mixta o frontera”

Esta circunstancia se da en los casos en que, habiendo una relación contractual previa, una de las partes sufre un daño o perjuicio debido al incumplimiento de una obligación derivada directa o indirectamente del contrato. Si se da esta coyuntura habrá que analizar si los daños se derivan del incumplimiento contractual. Es decir, si dentro del contrato se hallaba implícita la obligación de no causar ese daño específico, o bien, el contrato era una mera relación entre las partes sin importancia dentro del origen del daño. En este último caso, el perjuicio entraría en la órbita extracontractual.

Estas situaciones fronterizas se suelen dar en las relaciones contractuales en las que con la ejecución de la obligación se crea un riesgo a la vida, salud, o integridad física de una de las partes, con lo que la falta de diligencia adecuada puede dar como resultado el fallecimiento o lesionar al acreedor. Esto concretamente, suele tener lugar en el contrato de transporte de personas, prestación de servicios médicos, en determinados contratos de trabajo...⁷⁸

⁷⁷ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, pág. 97.

⁷⁸ REGLERO CAMPOS, op. cit., págs. 54 y ss.

De esta noción surge la llamada obligación de seguridad: se trata de un deber de protección frente a los daños que puedan producirse como consecuencia distinta de la prestación contractual. Para determinar qué daños sufridos dentro de esta obligación accesoria del contrato quedan dentro del ámbito contractual y cuales fuera habrá que atenerse a la casuística. Puede darse el caso que en el propio contrato se pacten esas obligaciones accesorias, como, por ejemplo, un club de atletismo que protege a sus socios frente a los daños sufridos por el mal estado de las instalaciones, o a sensu contrario, se haya previsto expresamente la inexistencia de la obligación de resarcir los daños que puedan surgir al coche estacionado en el parking del club de atletismo. En el caso de no que se haya previsto nada respecto de esta obligación accesoria, entra en juego el art. 1258 CC, que establece que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Por ello, habrá que atenerse al contrato para saber si puede considerarse que el daño se ha originado como una consecuencia directa de la ejecución del contrato.

En principio, es entendible que, si de un contrato surge una obligación de seguridad, el daño sufrido por el incumplimiento de esa obligación accesoria deberá considerarse contractual. El problema nace cuando ese daño tiene un valor muy alto, como son la vida, la integridad física y moral, entonces surge una tendencia a considerar ese incumplimiento extracontractual, debido a la idea lógica de que esos derechos no pueden entenderse como objetos de un contrato.

Como consecuencia, se permite a la víctima del daño la posibilidad de elección de cualquiera de las dos acciones, ya que la jurisprudencia ha entendido que puede calificarse este daño tanto como contractual, así lo defiende la STS de 31 de mayo de 1985 que recoge que “CONSIDERANDO que no discutida la existencia de un contrato de transporte terrestre de viajeros que vincula a las partes y surgiendo del mismo como obligación principal del porteador el traslado del pasajero desde el punto de partida al de destino, es manifiesto que el incumplimiento de tal deber, y las consecuencias dañosas para la vida o la integridad física del viajero que de tal incumplimiento se deriven, deben serle imputables en tanto no acredite que la falta de cumplimiento se debió acaso fortuito o fuerza mayor”.

Así mismo hay sentencias que consideran ese daño como extracontractual, de este modo lo califica la STS de 18 de octubre de 1995, en la que el tribunal entiende, en un caso similar al anterior, que se puede entender como extracontractual, dado que así había sido solicitado por la parte demandante, y como consecuencia, se desestima la demanda por prescripción de la acción. Es interesante también la sentencia a efectos del principio *iura novit curia* y el de congruencia de las sentencias, que luego abordaremos, cuando establece que: “ Ciertamente que la obligación de conducir al pasajero en condiciones de protección de su persona es una obligación que se deriva ineluctablemente de la principal; el transportista debe trasladar a la persona de un punto a otro,

según el contrato, tal y como inició el transporte, absteniéndose de toda conducta que lo imposibilite, o tomando las disposiciones necesarias para que ello sea así. Pero también es cierto que la parte actora no ha ejercitado la acción de responsabilidad contractual, luego no se puede fallar sobre ella, porque no responde en absoluto al planteamiento del litigio. En su demanda (folio 4 vuelto de los autos), expresa y claramente decían los actores: "Se ejercita en esta demanda una acción de responsabilidad civil derivada de ilícito penal en base al art. 1.092 del Código Civil». "Como sea que dichos encargados (se alude con ello a los empleados de "Feve" causantes del accidente) dependían de "Feve". de acuerdo con el art. 1.903 del Código Civil, dicha entidad debe responder civilmente de dichos actos». No hay la más mínima duda de que los actores no ejercitaron ninguna acción de responsabilidad contractual, sino de la de responsabilidad extracontractual, cuya disciplina es aplicable cuando se exige la responsabilidad civil derivada de delito, pues, como dijo la Sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1988 , las obligaciones *ex delicto* no nacen propiamente de los delitos sino de los hechos que lo constituyen y en cuanto originadores de la restitución de la cosa o de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible, tanto más cuando, como en el caso litigioso, las actuaciones penales que se iniciaron contra los autores malcríales y directos de las acciones u omisiones dañosas y fallecidos durante su tramitación, sin que por ello llegase a declararse en la jurisdicción penal ninguna condena".

A pesar de la distinción realizada, no siempre que se constituya un daño por el incumplimiento de una obligación, el hecho de que se pueda encuadrar dentro del principio de *neminem laedere*, implica que el daño sea considerado exclusivamente extracontractual. Dentro del ámbito de transporte de personas, como hemos visto en las dos sentencias anteriores, si el conductor o transportista comete un daño que le es imputable, el perjudicado podrá exigir la restitución del precio del billete, y si se diese, la indemnización de daños y perjuicios. Resulta evidente, que la pretensión de la restitución del valor del billete tiene naturaleza contractual, pero respecto de la pretensión de indemnización, no resulta fácil la distinción, ya que dependiendo de los daños y perjuicios ocasionados se tendrá que optar por una u otra responsabilidad. Si los daños no son corporales, por ejemplo, con el retraso o el hecho de no haber transportado a la persona a el lugar acordado, se frustra al perjudicado un negocio jurídico del que obtendría un resultado económico favorable y cuantificable. Para solicitar este lucro cesante, la víctima tendría que exigir la indemnización a través de la responsabilidad contractual, ya que es manifiesta claramente que los daños derivan del incumplimiento contractual del deudor. Sin embargo, si los daños que se producen son de ámbito corporal o personal, esto es que atenten contra la vida, integridad física o moral de la víctima, se entraría dentro del ya reiterado principio del *alterum non laedere* lo que permitiría al perjudicado, optar tanto por la vía contractual como por la extracontractual.

2.-Soluciones para la resolución de la concurrencia

A pesar de que hemos analizado los supuestos fronterizos en los que no es fácil la calificación de la responsabilidad de los daños, es preciso mostrar las soluciones planteadas por la doctrina y la jurisprudencia para acoger una responsabilidad u otra.

Antes de comenzar a analizar y comentar las diferentes teorías que han surgido en nuestro ordenamiento, nos resulta conveniente pormenorizar las diferentes opciones que se pueden plantear en la concurrencia de responsabilidades. Siguiendo a BLANCO GÓMEZ⁷⁹ quien, a su vez, aplica las ideas formuladas por PANTALEÓN, dentro de esta concurrencia de caben dos posibilidades:

-Fundamentar que, si se da una concurrencia de responsabilidades, no hay dos reclamaciones jurídicamente independientes y autónomas entre sí, sino que, de la causación de un daño solo cabe la aparición de una única pretensión resarcitoria. Como consecuencia principal, no estaríamos ante una concurrencia de pretensiones, sino ante una concurrencia de normas en las que apoyar la finalidad de resarcimiento del daño.

-Considerar que se trata de dos pretensiones resarcitorias que son diferentes, autónomas, e independientes entre sí. Entonces, a su vez, cabrían dos posibilidades, o bien hacer una interpretación rígida de la responsabilidad contractual y entender que, si hay una relación obligatoria previa entre las partes, no puede haber en ese ámbito la responsabilidad extracontractual. O, por el contrario, argumentar que será el perjudicado en el caso en que se dé la concurrencia de acciones, quien deba elegir el razonamiento jurídico que más se adecue a sus necesidades y que vinculará tanto a la propia parte como al juzgador.

Nuestra jurisprudencia, a la hora de entender qué posibilidad es la correcta en la concurrencia de responsabilidades, manifiesta que la responsabilidad contractual y extracontractual son dos acciones diferentes y autónomas, lo que permite al perjudicado la elección de la acción a reclamar. Esta idea, se expone muy bien a nuestro parecer en la STS de 30 de diciembre de 1980, en la que el magistrado, SANTOS BRIZ declara que “en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en un contrato y a la vez en un ateo ilícito extracontractual, es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación de deber general de no causar daño a otro, siempre que el perjudicado por la doble infracción (contractual y extracontractual) sea la misma persona, es decir, el acreedor contractual, y que la doble infracción haya sido cometida por una misma persona”.

A continuación, entraremos a individualizar las teorías más utilizadas en la concurrencia de responsabilidad.

⁷⁹ BLANCO GÓMEZ, op. cit., 1996, pág. 63.

2.1-Teoría de la absorción o incompatibilidad de responsabilidades

Esta teoría no entiende que un único daño pueda generar a la vez, una pretensión contractual y extracontractual (por lo que adelantamos que en la jurisprudencia moderna no tiene casi vigencia), así que no acepta el posible concurso de acciones. Defiende esta teoría que hay una frontera imperceptible dentro de la diferenciación de las responsabilidades y que ante un hecho del que se originan daños resarcibles, solo se podrá calificar bien de responsabilidad contractual o bien de responsabilidad extracontractual⁸⁰.

Dentro de esta teoría se interpreta que el contrato tiene un carácter absorbente, una especie de *vis atractiva*, por lo que, si se entiende que hay una incompatibilidad de responsabilidades y si se da un supuesto en el que haya dificultad para determinar la responsabilidad aplicable, por la teoría de la absorción, habría que calificar al daño como contractual. Esto se debe a que el régimen contractual tiene un carácter específico, las partes se obligan entre ellas, surge una relación personal, mientras que la responsabilidad extracontractual tiene un carácter general, de ahí que esta teoría entienda que, si las partes se han obligado contractualmente, sea la responsabilidad contractual la que prevalezca⁸¹.

2.2.-Principio de unidad de culpa civil o concurso de normas

Este pensamiento entiende que la distinción entre las dos responsabilidades es inútil y que ambas tienen una misma finalidad que es la de resarcir el daño, por lo que solo debe existir en nuestro ordenamiento una sola acción. En términos prácticos, entiende esta teoría que la elección del demandante a la hora de qué acción de responsabilidad ejercer será indiferente⁸².

Para los defensores de esta figura al no existir dos pretensiones de resarcimiento independientes, no es necesario que el demandante opte por una en su escrito de demanda, sino que será el propio juzgador el que atribuirá sus hechos, y en el caso en que el actor si califique los hechos dentro de una responsabilidad y si la reclamación no entrase en el ámbito de la misma, en virtud del principio *iura novit curia*, podrá el juez entrar a valorar esos daños en la otra esfera de la responsabilidad⁸³.

Entiende Reglero Campos⁸⁴ que según esta teoría “ambos tipos de responsabilidad no son más que conjuntos normativos que, como un todo, fundamentan una única pretensión: la de responsabilidad civil”.

⁸⁰ CAVANILLAS MÚGICA, op. cit., 1992, págs. 61 y ss.

⁸¹ BLANCO GÓMEZ, op. cit., 1997, págs. 71 y ss.

⁸² ROCA TRÍAS, op. cit., 2007, pág. 41

⁸³ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, págs. 120 y ss.

⁸⁴ REGLERO CAMPOS, FERNANDO, op. cit., 2014, Capítulo V: El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad.

La jurisprudencia ha llegado a reconocer la unidad de culpa civil vinculado con el principio de *iura novit curia* y ha interpretado, siempre para intentar favorecer al perjudicado de los daños, que los jueces y tribunales no están limitados a la acción que jurídicamente invoca el actor en su demanda, es decir, entiende que, aunque el actor interponga la acción extracontractual, se puede juzgar los daños dentro de la responsabilidad contractual, siempre evidentemente dentro de unos límites, que más adelante analizaremos al analizar el posible conflicto entre el principio *iura novit curia* y el principio de congruencia de las sentencias.

Esto se recoge, por ejemplo, en la STS de 30 de marzo de 2006 donde el TS determina que "ante todo hay que decir que esta Sala tiene establecida llamada "unidad de culpa" que determina la existencia de unos mismos principios tanto para la responsabilidad civil contractual como para la extracontractual o aquiliana, y así lo dice la sentencia de 7 de noviembre de 2000 , cuando afirma que "Esta Sala ha aceptado la yuxtaposición de acciones en la responsabilidad contractual y extracontractual, que responden a los mismos principios y la misma realidad aunque tienen diversa regulación positiva: es la llamada "unidad de la culpa"; entre otras, las sentencias de 28 de junio de 1997, 2 de noviembre de 1999, 10 de noviembre de 1999 y 30 de diciembre de 1999 mantienen decididamente que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de la responsabilidad (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente. En segundo lugar, es doctrina reiterada de esta Sala que el cambio de calificación o de fundamento jurídico que no altere el resultado de la acción, no da lugar a la casación".

2.3.-Teoría de la opción o del concurso de acciones

Antes de analizar esta teoría, es conveniente aclarar que cuando hablamos de acumulación o concurso de acciones, no nos referimos a invocar simultáneamente ambas acciones, pretendiendo la parte actora una doble reparación del perjuicio, dado que esto evidentemente no es una postura sostenible en ningún ordenamiento jurídico. Sino que, cuando nos referimos a la acumulación, estamos aludiendo a la posibilidad de acudir a uno de los dos regímenes normativos.

Esta teoría entiende que si se da la circunstancia en que el hecho dañoso suponga al mismo tiempo un incumplimiento contractual y una vulneración de un deber general, el perjudicado podrá escoger entre la acción de responsabilidad contractual o la extracontractual. Como consecuencia, en el caso de que una acción haya prescrito, la víctima del daño podrá escoger el ser resarcida del daño por la otra acción que no haya prescrito (que generalmente será la contractual). Sucederá lo mismo, en el caso de que opte inicialmente por una acción y en sede judicial no le den la razón, por entender que no cumple todos los requisitos para imputarle al demandado el daño. Entonces

podrá el actor, iniciar la vía judicial a través de la acción que no haya propuesto inicialmente, ya que en este aspecto no hay cosa juzgada⁸⁵.

La STS 6 de octubre de 1992 recoge la posibilidad del perjudicado de optar por una u otra acción, “pero no es menos cierto que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible”.

Entendemos que esto se fundamenta el art. 71.4 LEC que dice “Sin embargo, de lo establecido en el apartado anterior, el actor podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada”. Es decir, el ejercicio de ambas acciones es incompatible desde el punto de vista de que la víctima solo podrá ser resarcida por el daño sufrido, no puede ser reparado dos veces el mismo menoscabo, ya que esto chocaría con la función principal de la responsabilidad civil que es la función resarcitoria, suponiendo la reparación doble, una riqueza injustificada en el patrimonio de la víctima. Sí que entendemos, como también lo hace la sentencia antes acotada, que cabe la posibilidad por la parte actora de acumular subsidiariamente las dos acciones, debiendo escoger cuál de las dos acciones será la principal y cual la accesoria o secundaria.

La principal diferencia entre la teoría de la opción o acumulación de acciones y el principio de culpa civil o concurso de normas, es que este último entiende que debe existir, o existe, una sola acción, mientras que la teoría de la opción defiende la existencia de dos acciones diferentes.

3.-Colisión entre el principio *iura novit curia* y el principio de congruencia

La concurrencia de situaciones en que la responsabilidad por un mismo hecho dañoso pueda ser considerada como contractual y como extracontractual, en la práctica, conlleva que en muchas situaciones el fallo de la sentencia califique el hecho dañoso dentro de la acción de responsabilidad extracontractual, cuando el actor había interpuesto reclamación contractual, lo que deriva en que el demandado recurra, por entender que no se respeta el principio de congruencia de las sentencias y se vulnera el principio de contradicción generando con ello una indefensión.

El principio de congruencia exige la coincidencia entre lo pedido el escrito de demanda y lo resuelto en la sentencia. Hay dos teorías acerca de la *causa petendi* o fundamento o razón de la acción. Por un lado, entiende la doctrina

⁸⁵ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., 1993, págs. 115 y ss.

mayoritaria que consta de dos elementos, uno fáctico que serán los hechos y otro jurídico o normativo en el que se relacionan los hechos con la legislación. Otro sector de la doctrina entiende que la *causa petendi* se limita a la fundamentación fáctica y defiende que la fundamentación jurídica es competencia del juez. Dependiendo de la doctrina defendamos, si el juez, en la sentencia, cambia el ámbito de la responsabilidad que el actor alegó en su demanda, interpretaríamos que la sentencia cambia la *causa petendi* o no⁸⁶.

Ante este dilema, el TC no ha dado una interpretación uniforme sobre esta situación, a pesar de ello, entendemos que merece destacar el argumento de la STC de 5 de mayo de 1982, que postula lo siguiente, "La doctrina sobre la congruencia, que según lo dicho puede en algunas especiales ocasiones determinar una violación del art. 24 de la Constitución, por inobservancia del derecho de defensa, es perfectamente compatible con el principio tradicional según el cual *iura novit curia*. Los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo *iura novit curia* les autoriza para ello".

Tampoco ofrece el TS una línea clara y sistemática sobre si la *causa petendi* abarca tanto la fundamentación fáctica como la jurídica, si bien es cierto que la mayoría de las sentencias son proclives a entender que el hecho de que el juzgador no siga plenamente la fundamentación jurídica propuesta por la parte demandante no vulnera el principio de congruencia ni produce indefensión a las partes.

Así la STS de 15 de marzo de 1993 señala que "es reiterada doctrina de esta Sala la de que la armonía o concordancia entre los pedimentos de las partes y la sentencia, en que consiste la congruencia, no implica necesariamente un ajuste literal a lo suplicado, sino una racional adecuación del fallo a las peticiones de los litigantes y al supuesto fáctico ("*causa petendi*") en que se basan, lo que permite hacer extensivo el fallo a las consecuencias lógicas y naturales derivadas del tema debatido, por lo que si la acción ejercitada es la de responsabilidad extracontractual, cuya finalidad única es la de obtener la reparación total e íntegra de los perjuicios causados, comprensivos tanto del daño emergente, como del lucro cesante (artículo 1902 en relación con el 1106, ambos del Código Civil), que es lo realmente pretendido por el actor, no puede tacharse de incongruente a la sentencia recurrida que, en plena coincidencia con la de primer grado, condena a las demandadas al pago del importe de los gastos de "regeneración de la finca y las secuelas de orden permanente que pudieran existir", cuando aparece probado que ello es necesario para el logro de dicha total reparación aunque no haya sido postulado en dichos términos literales por el actor, pues está evidentemente incluido en el soporte fáctico ("*causa petendi*") de su demanda en relación con la pretensión objeto de la

⁸⁶ CAVANILLAS MÚGICA, op. cit., 1992, págs. 209 y ss.

misma, que no es otra que la de obtener la íntegra reparación de los daños efectivamente causados y plenamente probados”.

Como hemos analizado el órgano jurisdiccional puede aplicar normas distintas a las alegadas por las partes, en atención al principio *iura novit curia*, pero esto no significa que se le permita al juez modificar la *causa petendi*. En el caso en que el juez no siga la fundamentación jurídica de la parte actora por considerarla errónea, habría que analizar si ese cambio modifica la pretensión de la demanda. Si sucede esto, es evidente la vulneración del principio de congruencia de la sentencia, lo que, a su vez, provocaría indefensión al demandado.

El límite principal, por lo tanto, para el juez a la hora de aplicar una argumentación jurídica distinta a la alegada por el demandante, es no producir con ello una indefensión al demandado. El determinar cuando el cambio de fundamentación jurídica produce esa indefensión es el problema del principio *iura novit curia*. Es decir, los conceptos que se ponderan en estas situaciones son la posible indefensión del demandado y la reparación del daño sufrido por el demandante.

Entiende Reglero Santos⁸⁷ que “generará (indefensión) cuando disponiendo el demandado de elementos de defensa en la vía no ejercitada, no los utilizó por no ser necesario, al no haberse ejercitado. Lo que presupone, en lo fundamental, que el demandado aceptó la vía utilizada por el demandante, con independencia de que la considerara o no la adecuada”.

Nos parece más completo el pensamiento de Cavanillas Múgica⁸⁸ que entiende que solamente será posible el uso del principio *iura novit curia* “Si las partes, únicas dueñas del objeto del proceso, han errado en sus planteamiento, arbitrense expedientes legales correctores que, respetando la esencia del proceso civil, posibiliten la conservación del proceso sin merma de garantía alguna de defensa para los litigantes(...) Mientras esto no ocurra, no se deje en manos del Juzgador orientar o enderezar las desviaciones de las partes (no se sabe hasta qué punto queridas por ellas) a la hora final de emitir su resolución, cuando ya ha precluido para ellas toda la posibilidad de contradicción, y, por ende, de elemental defensa”.

En resumen, la confrontación entre estos dos principios no está exenta de discusiones ni de variaciones en el pensamiento de los jueces y tribunales de nuestro ordenamiento. No existe una línea única jurisprudencial, sino que será casuísticamente, a falta de una delimitación expresa por parte del TS, donde se analizará la posibilidad del Juzgador de cambiar la cimentación jurídica de la demanda, siempre que este cambio, no pueda suponer para el demandado ningún tipo de indefensión.

Creemos que resume bien el pensamiento actual de la jurisprudencia la STS de 18 de julio de 2012 que dice:

⁸⁷ REGLERO CAMPOS, op. cit., 2013, pág. 61.

⁸⁸ CAVANILLAS MÚGICA, op. cit., 1992, pág. 230.

"La congruencia y el principio *iura novit curia*".

85. El deber de conocer el Derecho y de juzgar conforme al mismo que a los Jueces y Tribunales impone el artículo 1.7 del Código Civil (EDL 1889/1), como regla permite al tribunal fundar su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados y aplicar la norma material que entiende adecuada para la decisión del caso, pero la congruencia no permite decidir qué tutela otorga a la demandante de entre todas las posibles, ya que lo impide el principio de congruencia que impone el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463) . Desde otra perspectiva, el principio de aportación de parte no tolera que el tribunal supla la iniciativa de la parte a fin de completar el relato de hechos añadiendo otros que no estaban consignados en la demanda con la suficiente claridad como para no provocar indefensión de la contraria.

86. En definitiva, la sentencia no puede apartarse de la causa de pedir y no puede decidir por causa diferente a aquella por la que se pide, aunque lo pedido pudiera ser procedente por la causa distinta, ya que, en otro caso, se colocaría al demandado en indefensión.

87. A lo expuesto debe añadirse que, como declara la sentencia 491/2006, de 18 de mayo EDJ 2006/71163, reiterada en la 669/2011, de 4 de octubre EDJ 2011/224289, " las acciones deben ser ejercitadas con claridad y precisión, sin que quepa el efecto sorpresivo, ni someter a la contraparte y al tribunal al esfuerzo de averiguar el fundamento de lo que realmente se pretende en la demanda. Por ello, aun cuando la individualización e identificación de la "causa petendi" tiene lugar por los hechos jurídicos relevantes a tal efecto, sin embargo, cuando son equívocos o permiten diversas perspectivas jurídicas, debe concretarse la norma jurídica cuyo efecto se pretende".

Es decir, esta sentencia, en principio recoge un límite bastante estricto respecto de la aplicación del principio *iura novit curia*, entendiendo que deben ser las partes las que definan la *causa petendi*, no pudiendo el juez incardinar lo pedido en otra acción diferente, ya que esto provocaría una manifiesta indefensión a la parte demandada.

4.-Tratamiento procesal de la concurrencia de acciones

A pesar de la difícil tarea que es fijar unas bases sobre las que se asienta la concurrencia o acumulación de las acciones de responsabilidad, debido a la falta de concreción tanto por parte de la jurisprudencia como de la doctrina, vamos a intentar delimitar, las pautas o argumentos que, en nuestra opinión, son claros y sirven de sustento, en el proceso, a poder delimitar el concurso de acciones de responsabilidad civil.

4.1.-El derecho de opción

El acreedor, cuando se le hayan causado daños, y la calificación de estos en una u otra responsabilidad, sean dudosos, tiene la facultad de elegir la responsabilidad contractual o extracontractual según lo que entienda que le es más favorable.

4.2.-Prohibición de la *mutatio libelli*

Se entiende, que una vez que el demandando, optó por una de las dos opciones, no puede, a discreción, cambiar la acción a lo largo del procedimiento. Si se permitiese el cambiar la acción, a la parte demandada le supondría una indefensión, ya que no tendría oportunidad de contradicción.

Nos parece acertada la STS de 10 de mayo de 1984, en la que se analiza la prohibición de la *mutatio libelli* junto con el principio de *iura novit curia*, estableciendo que “CONSIDERANDO que en la demanda se ejercitó la acción civil por culpa extracontractual basada en los artículos mil novecientos dos y mil novecientos tres del Código Civil en reclamación de daños causados por accidente de circulación a la máquina transportada; frente a cuya posición inequívocamente mantenida, los demandados comparecidos y actuales recurrentes han pretendido desplazar tal acción por culpa extracontractual hacia la disciplina jurídica del contrato de transporte mercantil, con olvido de que el proceso declarativo se funda en la correlación que existe, tanto subjetiva como objetiva, entre demanda y sentencia, de modo que el juicio que con la demanda se abre no puede tratar cosa distinta que el tema aportado por el actor, pues en otro caso se daría lugar a una "mutatio libelli" y eventualmente a una incongruencia del fallo, y se contravendría la doctrina de que la demanda es la que identifica la acción ejercida en ella; aunque en virtud del principio "jura novit curia", para la calificación de la acción ejercitada, ha de atenderse no sólo a la invocación que se haga en la demanda de unas normas legales sino también a los hechos alegados y a lo pedido en la súplica, no siendo preciso en puridad determinar la acción, al ser suficiente, como ha declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de siete de noviembre de mil novecientos catorce , siete de noviembre de mil novecientos treinta y uno y doce de noviembre de mil novecientos ochenta y dos , que se deduzca de la relación de hechos y fundamentos de derecho, y si bien no vincula al juzgador la calificación de las acciones que hagan los litigantes, no puede pretenderse, como ha puntualizado la sentencia de veinticuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro , que bajo el principio "jura novit curia" el Tribunal pueda cambiar la acción ejercitada; de todo ello, aplicado al supuesto ahora contemplado, se deduce que ha de prevalecer el criterio ya mantenido por la sentencia recurrida de que se está ante una relación de transporte mercantil”.

Asimismo, la prohibición de la *mutatio libelli* también afecta a los posteriores recursos, en los que el recurrente no podrá indicar motivos diferentes ni invocar acciones diferentes a las alegadas en la demanda.

4.3-Acumulación de acciones

El actor, además de la posibilidad de optar entre las dos opciones, también puede acumular ambas en un mismo procedimiento. Esta acumulación nunca será simple, por el hecho de que no se puede resarcir doblemente un único daño. Está claro, que la acumulación podrá ser subsidiaria o eventual, y, más adelante, analizaremos si podrá darse la acumulación alternativa.

El hecho de acumular las acciones, o bien, la aplicación en la demanda de una fundamentación jurídica que pueda ser aplicada en las dos responsabilidades civiles, en base a una función común que es la resarcitoria del daño, provoca que los jueces y tribunales entiendan que el demandado, al conocer desde el inicio del procedimiento, las pretensiones del demandante, pueda defenderse en base a los dos ámbitos de responsabilidad, no siendo posible que la elección del juzgador por una u otra acción, provoque una indefensión en la parte demandada. Esta posibilidad permite al actor a la hora de plantear la demanda, para que no vea desestimada su alegato por una fundamentación jurídica errónea, plantear como posibles las dos responsabilidades en base a un mismo hecho, lo que conllevará en principio a que la elección del juzgador de una de esas acciones no vulnere el principio de congruencia⁸⁹.

A la hora de juntar las acciones, el acreedor puede formular una acumulación subsidiaria o eventual, en la que es el propio ejercitante quien escoge una de las acciones como opción principal, dejando la otra de manera secundaria o subsidiaria. La consecuencia básica es que el juez no podrá escoger la que entienda más correcta, sino que se ve obligado por lo pedido por el actor.

A diferencia de la acumulación subsidiaria, en la alternativa, el demandante no determina ninguna acción como principal. Podemos decir que dentro de la *causa petendi* se encuentran las dos acciones, siendo el juez quien optará por una o por otra dependiendo de donde estipule que se deberían calificar los daños. Esta opción, no es defendida por toda la doctrina ni la jurisprudencia, si bien es cierto que tiene más peso la opción de considerar la acumulación subsidiaria como válida.

4.4.-Litispendencia y cosa juzgada

Al entender nuestro ordenamiento que las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual son independientes entre sí y diferentes una de otras, cabe interpretar que, si en un proceso se ejercita una de las acciones, la excepción de la litispendencia no puede operar en el caso de que un segundo proceso se ejercite la acción que no se alegó en el primero, aunque entendemos que si sucede esto, se acumularán ambos procesos en uno solo, a tenor de lo dispuesto en los arts. 74 y ss. LEC.

Más problemas recae en la situación relativa a la cosa juzgada. En principio, y siguiendo el discurso previo, resultaría lógico pensar que, al ser dos acciones

⁸⁹ CAVANILLAS MÚGICA, op. cit., 1992, págs. 256 y ss.

diferentes, resuelta una de ellas por una sentencia firme, se podría ejercitar la acción que todavía no ha sido objeto de pleito, debido a que esto no acarrearía el *non bis in idem*. Pero esto no es del todo cierto, ya que hay que tener en cuenta que la finalidad de las dos acciones es la misma, por lo que, si aplicando la acción de responsabilidad extracontractual el juez diese la razón a la pretensión de la parte actora, esta última, no podría volver a reclamar la reparación del daño, pero ejercitando la acción contractual, en este supuesto sí que la sentencia tendría efectos de cosa juzgada. Sin embargo, si ante el ejercicio de una de las acciones, el juez rechazase la misma, por entender que no se cumple uno de los requisitos exigidos en ese tipo de responsabilidad (por ejemplo, el grado de culpa establecido por las partes en el contrato, o se diese la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual), la sentencia no tendría el efecto de cosa juzgada, por lo que podría el actor ejercer o reclamar los daños que ha sufrido fundamentando la demanda en la acción que hasta el momento no había ejercitado⁹⁰.

⁹⁰ CAVANILLAS MÚGICA, op. cit., 1992, págs. 291 y 292.

Conclusiones

El motivo principal de investigación de esta tesis era realizar un ensayo con todos los elementos más importantes de la responsabilidad civil. De lo analizado, queda claro que son inherentes a cualquier daño resarcible, la acción u omisión del agente, la realidad material del daño y la relación de causalidad entre el perjuicio y la producción del agente. A partir del estudio del objeto de esta tesis hemos ido desglosando los aspectos que a nuestro parecer eran más importantes para una concepción general de la responsabilidad civil. Como consecuencia, a continuación, desarrollaremos una serie de conclusiones que estimamos importantes:

1.-La antijuridicidad en la responsabilidad civil, como hemos visto ha sido un tema muy complejo y de muchas discusiones doctrinales. Tras lo analizado podemos delimitar que no se encuentra dentro de los requisitos autónomos de la responsabilidad, ya que es factible que un daño resarcible provenga de una acción lícita, o permitida por el ordenamiento. El resultado del estudio de la antijuridicidad nos muestra que se encuentra determinada principalmente en el daño y no en la conducta, como opinan numerosos autores.

En el entorno contractual, la antijuridicidad no presenta demasiados problemas, debido a que está directamente relacionada con la obligación pactada entre las partes. Sin embargo, en el ámbito extracontractual, el relacionar la antijuridicidad con el principio general de no dañar ocasiona más dificultades. Nuestro sistema no tipifica los daños que pueden ser resarcibles, es decir, estamos en un sistema atípico, como consecuencia, para determinar que perjuicios son indemnizables, habrá que delimitar que daños son contrarios a nuestro ordenamiento, es decir cuáles son antijurídicos. Respecto de la acción y su posible antijuridicidad, su ámbito se reduce a las causas de justificación. De modo que, aunque un daño sea jurídicamente protegido, si la conducta del agente productor se resguarda en una causa de justificación, como es la legítima defensa, estado de necesidad...

2.-La oscilación de la responsabilidad entre el concepto subjetivo y el objetivo.

Tradicionalmente se ha considerado que la responsabilidad es subjetiva, esto es, basada en la conducta de la persona que realiza el daño. Con el paso de los años, el desarrollo industrial y tecnológico y la creación del concepto del riesgo, irrumpe el sistema objetivo de la responsabilidad. Este desplaza la conducta a un segundo plano, defendiendo que es el daño lo que delimita y determina la responsabilidad.

En la actualidad tenemos un sistema mixto, pero sigue predominando el sistema subjetivo. A pesar de ello, hay ciertas actividades que, por sus características peculiares, si originan un daño, la conducta del causante, no influye a la hora de atribuirle responsable.

3.-Al analizar las diferencias existentes entre los dos sistemas de responsabilidad, se infiere que la semejanza entre las dos instituciones, desde el punto de vista procesal, es casi total. La principal disparidad que encontramos es la prescripción de las acciones, siendo de un año para la extracontractual y de cinco años para la contractual.

Es esta diferencia la que no acabamos de comprender desde un punto de vista jurídico. La finalidad de las dos acciones es la misma, la reparación del daño. Por ello, interpretamos que la gran diferencia temporal que dispone el perjudicado contractual para ejercer la acción, frente al extracontractual, no es justificable en atención a la razón de ser de ambas acciones.

Consideramos que un cambio en el plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual, igualando el instaurado en la contractual, sería más equitativo y justo con las víctimas.

4.-Existe una serie de supuestos en los que en un mismo hecho dañoso puede ser atribuido como contractual o extracontractual. Suele ocurrir en las situaciones con una relación contractual previa, donde una de las partes sufre un daño físico o moral. En este ámbito la inobservancia de un deber de cuidado puede dar lugar a la muerte o a lesiones en la persona del acreedor. El ejemplo típico es el transporte de personas.

El daño menoscaba un bien muy importante y protegido, como es la vida o la integridad física. Se entiende entonces que en el mismo daño el deudor ha incumplido con su obligación y que ha vulnerado el principio de *alterum non laedere* lo que permitirá a la víctima escoger entre los dos tipos de responsabilidad.

5.-La jurisprudencia debido a la dificultad de establecer una línea discernible entre las situaciones analizadas previamente, se ha limitado a conceder a la víctima la opción de elegir sobre cual de las dos instituciones jurídicas va a cimentar la indemnización.

Por otro lado, la doctrina actual se divide entre la posibilidad de que estemos ante un concurso de normas o uno de acciones. Los que consideran que se trata de un concurso de normas, defienden que se trata de una única acción, donde para lograr una pretensión, se puede fundamentar en dos normas diferentes, es decir, el hecho es subsumible en dos normas jurídicas. Por otro lado, está la doctrina que apoya que se trata de un concurso de acciones, en la que la víctima del daño tiene la posibilidad de elegir entre dos acciones, para la consecución de un mismo fin.

6.-Sí que hay unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia es en la posibilidad de que el actor acumule las dos acciones en su escrito de demanda.

Resulta lógico la imposibilidad de que esta acumulación sea simple, ya que no es compatible que la sentencia condene dos veces al demandado por el mismo daño. Debido a ello, la acumulación que podrá optar el demandante es la subsidiaria y la alternativa.

La acumulación subsidiaria no ocasiona ningún problema práctico, es el demandante el que decide que una de las acciones será la principal y, en el caso, en que el juzgador desestime esa pretensión, se juzgará subsidiariamente la acción secundaria.

La acumulación alternativa no es pacífica dentro de la doctrina. Tiene lugar cuando el demandante alega que el daño puede ser incardinado en cualquiera de las dos acciones de responsabilidad, pero no selecciona ninguna como principal, sino que deja esta elección en manos del juez. Esto ha provocado dos bandos en la doctrina, los que entienden que es posible la acumulación alternativa y los que no.

La corriente que no está de acuerdo con la posibilidad de una acumulación alternativa entiende que deben ser las partes las que fijen las pretensiones del proceso y que, el hecho de que el juez tenga discrecionalidad para elegir puede provocar indefensión en la parte demandada.

Por otro lado, los autores que respaldan la legitimación de la acumulación alternativa sostienen que, al determinar el actor en el escrito de demanda la fundamentación jurídica, dispone el demandado del derecho de réplica necesaria para que no pueda estar indefenso.

En mi opinión, es aconsejable que la acumulación sea subsidiaria y no alternativa. Esto se debe a que, en primer lugar, se evita que el demandado pueda fundamentar una posible indefensión y, en segundo lugar, también se elude una eventual interpretación en la que el juzgador sostenga que el no es el responsable de delimitar la fundamentación jurídica del proceso.

Bibliografía

-ALVÁREZ LATA, NATALIA, *Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil*, 1997.
Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/80522528.pdf>

-BASOZABAL ARRUE, XABIER, *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Primera Edición, 2015. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-39

-BLANCO GÓMEZ, JUAN JOSÉ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática de derecho sustantivo español*, Ed. Dykinson, 1996.

-BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Tecnos, 1998.

-CAVANILLAS MÚGICA, TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual: tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Arece, 1992.

-DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Primera Edición, Ed. Civitas, 1995.

-DÍEZ-PICAZO, GEMA, *La mora y la responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, 1996.

-DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, Primera Edición, Ed. Civitas, 1999.

-GARCÍA-RIPOLL, MARTÍN, *La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil*, Estudios Monográficos. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-40150301604 ANUARIO DE DERECHO CIVIL La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil

-LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º. Ed. Revista de derecho privado, 1958.

-PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de derecho civil*, Tomo II, Volumen I, Ed. Bosch, 1985.

-REGLERO CAMPOS, FERNANDO, *Lecciones de responsabilidad civil*, 2ª Edición, Ed. Aranzadi, 2013.

-REGLERO CAMPOS, FERNANDO, *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª Edición, Ed. Thompson Reuters, 2014, Capítulo I, Conceptos generales y elementos de delimitación.

-ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Derecho de daños, Textos y materiales*, 5ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2007.

-SÁNCHEZ CASTRO, DAVID, *El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria*, 2010. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-40172501787

-SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y derecho procesal*, Séptima Edición, Ed. Montecorvo, S.A., 1993.

-YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Volumen I, Ed. Reus, Madrid, 1993.

-Referencia de internet:

-GÓMEZ POMAR, FERNANDO, *El incumplimiento contractual en Derecho español*, 2007. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf

-ROCA TRÍAS, ENCARNA, *El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, 2009. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf

-RUIZ ARRANZ, ANTONIO, *La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en derecho alemán y español. Un análisis comparado*, 2016. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/681226/RJUAM_34_16.pdf?sequence=1&isAllowed=y

-SALVADOR CODERCH, FERNÁNDEZ CRENDE, *Causalidad y responsabilidad*, Tercera Edición, 2006. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf

-Anexo de sentencias

-Tribunal Constitucional:

- STC de 5 de mayo de 1982 (STC 20/1982 de 5 de mayo)

-Tribunal Supremo:

-STS (Sala 1ª) 10 de febrero de 1959-Disponible en:
<http://civil.udg.edu/cambridge/decisions/Sentencias%20escaneadas%20santiago/STS%2010.02.1959.pdf>

-STS (Sala 1ª) de 30 de diciembre de 1980, (Roj: STS 5117/1980)

-STS (Sala 1ª) de 26 de enero de 1984, (Roj: STS 287/1984)

-STS (Sala 1ª) de 10 de mayo de 1984, (Roj: STS 1167/1984)

-STS (Sala 1ª) de 19 de junio de 1984, (Roj: STS 1300/1984)

-STS (Sala 1ª) de 31 de mayo de 1985, (Roj: STS 1390/1985)

-STS (Sala 1ª) de 8 de mayo de 1986, (Roj: STS 2290/1986)

-STS (Sala 1ª) de 10 de junio de 1991, (Roj: STS 3062/1991)

-STS (Sala 1ª) de 31 de enero de 1992, (Roj: STS 12514/1992)

-STS (Sala 1ª) de 6 de octubre de 1992, (Roj: STS 18044/1992)

-STS (Sala 1ª) de 15 de marzo de 1993, (Roj: STS 1623/1993)

-STS (Sala 1ª) de 20 de junio de 1994, (Roj: STS 22395/1994)

- STS (Sala 1ª) de 18 de octubre de 1995, (Roj: STS 7926/1995)
- STS (Sala 1ª) de 29 de febrero 1996, (Roj: STS 7760/1996)
- STS (Sala 1ª) de 23 de abril de 1998, (Roj: STS 2563/1998)
- STS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 2000, (Roj: STS 1651/2000)
- STS (Sala 1ª) de 30 de abril 2002, (Roj: STS 3107/2002)
- STS (Sala 1ª) de 30 de marzo de 2006, (Roj: STS 1836/2006)
- STS (Sala 1ª) de 17 de abril de 2007, (Roj: STS 4303/2007)
- STS (Sala 1ª) de 9 de octubre de 2008, (Roj: STS 5445/2008)
- STS (Sala 1ª) de 17 de marzo 2011, (Roj: STS 2025/2011)
- STS (Sala 1ª) de 18 de julio de 2012, (Roj: STS 5290/2012)
- STS (Sala 1ª) de 25 de junio de 2014, (Roj: STS 3845/2014)
- STS (Sala 1ª) de 23 de octubre de 2015, (Roj: STS 4290/2015)